COLEÇÃO
sinopses
PARA CONCURSOS

1

Coordenação
Leonardo Garcia

Alexandre Salim
Marcelo André de Azevedo

DIREITO PENAL

PARTE GERAL

INCLUI

- Em torno de 60 novas questões dos últimos concursos realizados
- Quadros de ATENÇÃO com partes importantes destacadas pelos autores
- Farta jurisprudência do STF e STJ (em torno de 130 decisões recentes)
- Diversas tabelas, esquemas e gráficos
- Palavras-chave marcadas em outra cor
- Crimes introduzidos pela Nova Lei de Licitações

CONFORME

- Lei 14.112/2020 – Altera a Lei de Falências (Lei 11.101/2005)
- Lei 14.110/2020 – Altera o crime de denunciação caluniosa
- Lei 14.071/2020 – Inclui ao CTB o art. 312-B
- Lei 14.064/2020 – Altera o crime de maus-tratos a animais
- Lei 13.979/2020 – Medidas para enfrentamento da pandemia causada pelo coronavírus
- Decreto 10.590/2020 – Indulto Natalino
- Portaria Interministerial 05/2020 – Compulsoriedade das medidas previstas na Lei 13.979/2020
- Enunciados da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ (agosto de 2020)

11ª edição
Revista, atualizada e ampliada

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Alexandre Salim
Marcelo André de Azevedo

DIREITO PENAL

PARTE GERAL

11ª edição
Revista, atualizada e ampliada

2021

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3045.9051
• Contato: https://www.editorajuspodivm.com.br/sac

Copyright: Edições *Jus*PODIVM

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Diagramação: Luiz Fernando Romeu *(lfnando_38@hotmail.com))*

Capa: Ana Caquetti

ISBN: 978-65-5680-403-3

Todos os direitos desta edição reservados a Edições *Jus*PODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e das Edições *Jus*PODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

Coleção Sinopses para Concursos

A *Coleção Sinopses para Concursos* tem por finalidade a preparação para concursos públicos de modo prático, sistematizado e objetivo.

Foram separadas as principais matérias constantes nos editais e chamados professores especializados em preparação de concursos a fim de elaborarem, de forma didática, o material necessário para a aprovação em concursos.

Diferentemente de outras sinopses/resumos, preocupamos em apresentar ao leitor o entendimento do STF e do STJ sobre os principais pontos, além de abordar temas tratados em manuais e livros mais densos. Assim, ao mesmo tempo em que o leitor encontrará um livro sistematizado e objetivo, também terá acesso a temas atuais e entendimentos jurisprudenciais.

Dentro da metodologia que entendemos ser a mais apropriada para a preparação nas provas, demos destaques (em outra cor) às palavras-chaves, de modo a facilitar não somente a visualização, mas, sobretudo, a compreensão do que é mais importante dentro de cada matéria.

Quadros sinóticos, tabelas comparativas, esquemas e gráficos são uma constante da coleção, aumentando a compreensão e a memorização do leitor.

Contemplamos também questões das principais organizadoras de concursos do país, como forma de mostrar ao leitor como o assunto foi cobrado em provas. Atualmente, essa "casadinha" é fundamental: conhecimento sistematizado da matéria e como foi a sua abordagem nos concursos.

Esperamos que goste de mais esta inovação que a Editora Juspodivm apresenta.

Nosso objetivo é sempre o mesmo: otimizar o estudo para que você consiga a aprovação desejada.

Bons estudos!

Leonardo Garcia
leonardo@leonardogarcia.com.br
www.leonardogarcia.com.br
Instagram: @leomgarcia

Guia de leitura da Coleção

A Coleção foi elaborada com a metodologia que entendemos ser a mais apropriada para a preparação de concursos.

Neste contexto, a Coleção contempla:

• DOUTRINA OTIMIZADA PARA CONCURSOS

Além de cada autor abordar, de maneira sistematizada, os assuntos triviais sobre cada matéria, são contemplados temas atuais, de suma importância para uma boa preparação para as provas.

> **3.2. Direito Penal de velocidades**
>
> Na Ciência Penal espanhola, Jesús-María Silva Sánchez (*A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, 2002, p. 144-147) propõe um dualismo do Direito Penal (primeira e segunda velocidades) para legitimar a sua expansão.
>
> O chamado **Direito Penal de primeira velocidade** seria o conhecido Direito Penal clássico ("da prisão"), caracterizado pela morosidade, pois assegura todos os critérios clássicos de imputação e os princípios penais e processuais penais tradicionais, mas permite a aplicação da pena de prisão. Essa forma de Direito Penal deve ser utilizada quando houver lesão ou perigo concreto de lesão a um bem individual e, eventualmente, a um bem supraindividual.

• ENTENDIMENTOS DO STF E STJ SOBRE OS PRINCIPAIS PONTOS

> Conforme a **Súmula 535 do STJ**, "A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto".

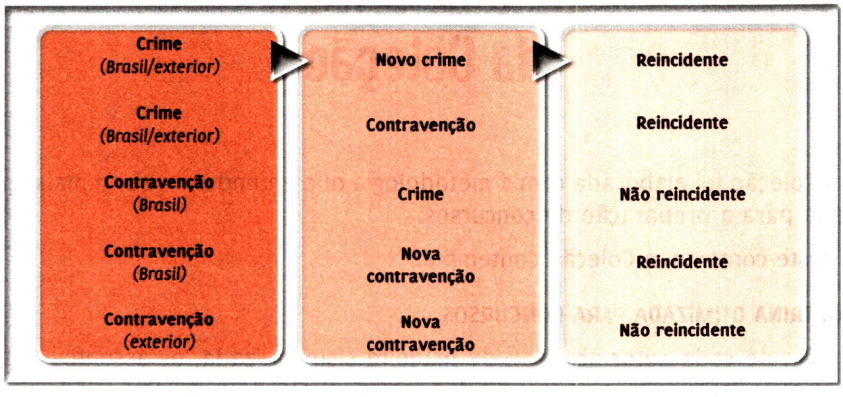
• PALAVRAS-CHAVES EM OUTRA COR

As palavras mais importantes (palavras-chaves) são colocadas em outra cor para que o leitor consiga visualizá-la e memorizá-la mais facilmente.

> Assim, as penas restritivas de direitos são **espécies de pena**, como também a pena privativa de liberdade e a pena de multa, e, como tal, são **penas autônomas**.

• QUADROS, TABELAS COMPARATIVAS, ESQUEMAS E DESENHOS

Com esta técnica, o leitor sintetiza e memoriza mais facilmente os principais assuntos tratados no livro.



• QUESTÕES DE CONCURSOS NO DECORRER DO TEXTO

Através da seção *"Como esse assunto foi cobrado em concurso?"* é apresentado ao leitor como as principais organizadoras de concurso do país cobram o assunto nas provas.

(MP-MG - 2008 - Promotor de Justiça) "Modernamente, o chamado Direito Penal do Inimigo pode ser entendido como um Direito Penal de: (...) **terceira velocidade**".

Sumário

Parte I
INTRODUÇÃO

Capítulo I ▸ DIREITO PENAL 35

1. Conceito de Direito Penal 35
   1.1. Conceito formal 35
   1.2. Conceito social 35
2. Denominações específicas do Direito Penal 35
   2.1. Direito Penal objetivo e Direito Penal subjetivo 35
   2.2. Direito Penal de culpabilidade e Direito Penal de periculosidade 36
   2.3. Direito Penal do fato, Direito Penal do autor e Direito Penal do fato que considera o autor 36
   2.4. Direito Penal primário (clássico) e Direito Penal secundário (extravagante ou penal administrativo) 37
   2.5. Direito Penal de duas velocidades (Direito Penal nuclear e Direito Penal periférico) 37
   2.6. Direito Penal de terceira velocidade 37
   2.7. Direito Penal do inimigo 38
   2.8. Direito Penal de quarta velocidade ou neopunitivismo 39
   2.9. Direito Penal de emergência, Direito Penal simbólico e Direito Penal promocional 39
   2.10. Direito Penal subterrâneo e Direito Penal paralelo 40
   2.11. Direito Penal Internacional 41
3. Funções do Direito Penal 41
   3.1. Função de proteção de bens jurídicos 41
   3.2. Função de garantia de vigência da norma 41
   3.3. Outras funções 41
4. Bem jurídico-penal e Constituição 42
   4.1. Conceito e evolução do conceito de bem jurídico 42
   4.2. Bem jurídico-penal constitucional 42
5. Garantismo penal 43
6. Ciências criminais (noção conjunta do Direito Penal) 46
   6.1. Criminologia 46
   6.2. Política criminal 47

6.3. Dogmática penal 47
7. Modelos de política criminal 47
7.1. Abolicionismo penal (política criminal verde) 47
7.2. Abolicionismo moderado ou minimalismo penal 48
7.3. Direito Penal máximo (eficientismo penal) 48

Capítulo II ▸ PRINCÍPIOS PENAIS E POLÍTICO-CRIMINAIS 49

1. Princípio da legalidade penal 49
1.1. Previsão 49
1.2. Origem 49
1.3. Denominação e alcance 49
1.4. Funções 51
2. Princípio da fragmentariedade 54
3. Princípio da subsidiariedade 55
4. Princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) 57
5. Princípio da insignificância 60
5.1. Noção 60
5.2. Requisitos 63
5.2.1. Teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos 65
5.3 Princípio da insignificância no STF e no STJ 66
6. Princípio da culpabilidade 75
7. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos 76
8. Princípio da materialização do fato (*nullun crimen sine actio*) 76
9. Princípio da pessoalidade ou da intranscendência da pena 76
10. Princípio da humanidade 77
11. Princípio da adequação social 77
12. Princípio da proporcionalidade (proibição do excesso) 78
13. Princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) 80

Capítulo III ▸ DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO 85

1. Introdução 85
2. Expansão do Direito Penal 86
2.1. Espiritualização do bem jurídico 86
2.2. Aumento dos crimes de perigo abstrato 87
2.3. Delitos de acumulação e delitos de transgressão e a administrativização do Direito Penal 87

3. Novas formas de tutela dos bens jurídicos supraindividuais 88
3.1. Direito de intervenção 89
3.2. Direito Penal de velocidades 89

Parte II
LEI PENAL E SUA APLICAÇÃO

Capítulo I ▸ **FONTES DO DIREITO PENAL** 93
1. Fontes materiais (substanciais ou de produção) 93
2. Fontes formais 93
2.1. Fonte formal imediata 93
2.2. Fontes formais mediatas 93
3. Constituição como limite e fundamento do Direito Penal 94
4. Tratados internacionais de direitos humanos 94
4.1. Status normativo 94
4.2. Tratados como limite e fundamento do Direito Penal 95
4.3. Controle de convencionalidade das leis 96
4.3.1. Controle difuso de convencionalidade 96
4.3.2. Controle concentrado de convencionalidade 96

Capítulo II ▸ **LEI PENAL** 97
1. Introdução 97
2. Norma primária e norma secundária 97
3. Classificação da lei penal 97
3.1. Leis penais incriminadoras e não incriminadoras 97
3.2. Lei penal em branco (norma cega) 98
3.2.1. Conceito 98
3.2.2. Lei penal em branco em sentido amplo (lato), imprópria ou homogênea 98
3.2.2.1. Lei penal em branco homovitelínea e heterovitelínea 99
3.2.3. Lei penal em branco em sentido estrito, própria ou heterogênea 100
3.2.4. Leis penais em branco de complementação estática e de complementação dinâmica 100
3.2.5. Indicação da norma complementar violada 101
3.2.6. (In)constitucionalidade das leis penais em branco em sentido estrito 101
3.2.7. Lei penal em branco permissiva 102

3.2.8. Lei penal em branco inversa ou ao avesso 102
4. Características da lei penal 103
5. Lei penal e processo de criminalização 103
5.1. Merecimento de tutela penal 103
5.2. Necessidade e adequação da tutela penal 104
6. Lei penal e mandados constitucionais de criminalização 105
6.1. Mandados constitucionais de criminalização expressos 105
6.2. Mandados constitucionais de criminalização implícitos 106
7. Lei penal e Tratados Internacionais de Direitos Humanos 106
8. Lei penal: vigência e validade 107
9. Interpretação das leis penais 107
9.1. Classificação quanto à origem ou quanto ao sujeito 107
9.2. Classificação quanto aos meios 108
9.3. Classificação quanto ao resultado 108
9.4. Interpretação analógica (*intra legem*) 109
10. Analogia (argumento analógico ou aplicação analógica) 109

Capítulo III ▸ LEI PENAL NO TEMPO 111

1. Tempo do crime (*tempus commissi delicti*) 111
1.1. Introdução 111
1.2. Teorias 111
2. Vigência da lei penal 112
3. Conflito de leis penais no tempo 113
3.1. Introdução 113
3.2. Lei nova mais severa (*novatio legis in pejus - lex gravior*) 114
3.3. Lei nova mais benéfica (*novatio legis in mellius - lex mitior*) 117
3.4. *Abolitio criminis* 118
3.4.1. Descriminalização 118
3.4.2. *Abolitio criminis* temporária 118
3.4.3. Princípio da continuidade normativo-típica 119
3.5. Lei nova incriminadora 119
3.6. Combinação de leis penais (*lex tertia*) 121
3.7. Lei intermediária 122
4. Lei excepcional e lei temporária 123
4.1. Conceito legal 123
4.2. Divergência acerca da constitucionalidade 124

4.3. Conflito no tempo de lei penal temporária ou excepcional com lei da mesma natureza 124
4.4. Lei penal em branco e alteração da norma que complementa o tipo 124
5. Conflito aparente de leis penais 125
5.1. Princípio da especialidade 126
5.2. Princípio da subsidiariedade 127
5.3. Princípio da consunção 127
5.4. Princípio da alternatividade 131

Capítulo IV ▸ LEI PENAL NO ESPAÇO 133

1. Territorialidade 133
1.1. Princípio da territorialidade relativa ou mitigada 133
1.2. Conceito de território nacional 133
1.3. Questões pontuais 134
2. Lugar do crime (*locus commissi delicti*) 135
3. Extraterritorialidade 136
3.1. Extraterritorialidade incondicionada 137
3.2. Extraterritorialidade condicionada 137
3.3. Princípios norteadores da extraterritorialidade 139
3.4. Extraterritorialidade prevista na Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura).. 141
4. Pena cumprida no estrangeiro 142
5. Lei penal em relação às pessoas 142
5.1. Imunidades Diplomáticas 142
5.2. Imunidades Parlamentares 143
5.3. Presidente da República 145
5.4. Outras inviolabilidades 146

Capítulo V ▸ DISPOSIÇÕES FINAIS SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI PENAL 149

1. Eficácia da sentença estrangeira 149
2. Contagem de prazo 150
3. Frações não computáveis de pena 150
4. Aplicação das normas gerais do Código Penal 150

Parte III

TEORIA GERAL DO CRIME

Capítulo I ▸ INTRODUÇÃO 153

1. Conceito de crime 153
2. Classificação doutrinária dos crimes 154

2.1. Crime simples, crime qualificado e crime privilegiado 154
2.2. Crime comum, crime próprio e crime de mão própria 154
2.3. Crime militar 155
2.4. Crime instantâneo, crime permanente e crime instantâneo de efeitos permanentes 155
2.5. Crime habitual 155
2.6. Crime comissivo, crime omissivo e crime de conduta mista 156
2.7. Crime monossubjetivo e crime plurissubjetivo 157
2.8. Crime unissubsistente e crime plurissubsistente 157
2.9. Crime consumado, crime tentado e crime exaurido 157
2.10. Crime de ação única e crime de ação múltipla 158
2.11. Crime material, crime formal e crime de mera conduta 158
2.12. Crime de dano e crime de perigo 159
2.13. Crime complexo 159
2.14. Crime mono-ofensivo e crime pluriofensivo 160
2.15. Crime vago 160
2.16. Crime funcional 160
2.17. Crime transeunte e crime não transeunte 160
2.18. Crime condicionado 161
2.19. Crime de atentado ou de empreendimento 161
2.20. Crime acessório, parasitário, derivado ou de fusão 161
2.21. Crime subsidiário 161
2.22. Crime de ímpeto 162
2.23. Crime de opinião ou de palavra 162
2.24. Crime remetido 162
2.25. Crime de hermenêutica ou de interpretação 162
2.26. Crimes de tendência interna transcendente (delitos de intenção) 162
2.27. Crimes de resultado cortado ou antecipado 162
2.28. Crimes mutilados de dois atos 163
2.29. Crimes de tendência intensificada (ou somente delitos de tendência) 163
2.30. Crimes de acumulação (crimes cumulativos) 163
2.31. Crimes de transgressão 163
2.32. Crime a distância ou de espaço máximo 163
2.33. Crime plurilocal 164
2.34. Crime em trânsito (ou em circulação) 164
2.35. Crime de trânsito (ou de circulação) 164
2.36. Crime no trânsito 164
2.37. Crime de alucinação 164

2.38. Crime de ensaio, delito de laboratório, crime putativo por obra do agente provocador 164
2.39. Crime de concurso (de participação ou concursal) e crimes em concurso 164
2.40. Crimes aberrantes 165
2.41. Crimes infamantes 165
2.42. Crime político 165
2.43. Crimes naturais, crimes meramente plásticos e crimes vazios 165
2.44. Delitos de esquecimento ou de olvidamento (crimes de olvido) .. 166
2.45. Delitos de comportamento 167
2.46. Delitos de obstáculo (crimes-obstáculo) 167
2.47. Crimes de ódio (*hate crimes*) 167
2.48. Crime de ecocídio 167
2.49. Crime de catálogo 167
3. Sujeitos ativo e passivo 168
4. Objeto do crime 169

Capítulo II ▸ CONDUTA 171

1. Introdução 171
2. Conceito de conduta 172
3. Teorias da conduta 172
3.1. Teoria causal-naturalista – Concepção clássica (positivista-naturalista de Von Liszt e Beling) 172
3.2. Teoria causal-valorativa ou neokantista – Concepção neoclássica (normativista) 173
3.3. Teoria finalista – Concepção finalista (ôntico-fenomenológica) 175
3.4. Teoria social da ação 177
3.5. Orientações funcionalistas (teleológico-funcional e racional) 177
3.6. Teoria Significativa da ação 180
4. Características e elementos da conduta 180
5. Formas de conduta 181
6. Ausência de conduta 181

Capítulo III ▸ RESULTADO 185

1. Resultado naturalístico 185
2. Resultado normativo 186
3. Resultado previsto no art. 13, *caput*, do Código Penal 186

Capítulo IV ▸ NEXO DE CAUSALIDADE 187

1. Conceito e teorias 187

2. Teoria da equivalência dos antecedentes causais 188
3. Limites ao regresso *ad infinitum* ou complemento à *teoria conditio sine qua non* 189
3.1. Análise de dolo ou culpa 189
3.2. Imputação objetiva (breve noção) 190
3.3. Considerações finais acerca dos limites do nexo causal 191
4. Espécies de causas 191
4.1. Causas absolutamente independentes 191
4.1.1. Causa preexistente absolutamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, *caput*) 191
4.1.2. Causa concomitante absolutamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, *caput*) 192
4.1.3. Causa superveniente absolutamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, *caput*) 192
4.2. Causas relativamente independentes 192
4.2.1. Causa preexistente relativamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, *caput*) 192
4.2.2. Causa concomitante relativamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, *caput*) 193
4.2.3. Causa superveniente relativamente independente que não causa, por si só, o resultado 193
4.2.4. Causa superveniente relativamente independente que causa, por si só, o resultado (art. 13, § 1º) 194
5. Crimes omissivos impróprios (comissivos por omissão) 196
5.1. Noção 196
5.2. Dever de agir 196
5.3. Elementos do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios 199
5.4. Colocações específicas 200
5.5. Crime omissivo por comissão 202

Capítulo V ▸ TIPICIDADE 203

1. Tipicidade formal (legal) 203
1.1. Conceito 203
1.2. Principais fases da tipicidade 203
1.3. Tipo penal 204
1.3.1. Elementos do tipo penal incriminador 205
1.3.2. Funções do tipo 207
1.4. Formas de adequação típica 207
2. Tipicidade material 208

3. Tipicidade conglobante 209
3.1. Concepção original de tipicidade conglobante 209
3.2. Nova concepção de tipicidade penal 213
4. Teoria da imputação objetiva 213
4.1. Considerações iniciais 213
4.2. Postulados segundo Roxin 216
4.2.1. Criação do risco juridicamente relevante não permitido 216
4.2.1.1. Noção 216
4.2.1.2. Exclusão da imputação 217
4.2.2. Realização do risco 218
4.2.2.1. Noção 218
4.2.2.2. Exclusão da imputação 218
4.2.3. Alcance do tipo 219
4.2.3.1. Noção 219
4.2.3.2. Exclusão da imputação 219

Capítulo VI ▸ TIPO DOLOSO 221

1. Definição de dolo 221
2. Teorias sobre o dolo 221
2.1. Teoria da vontade 221
2.2. Teoria do assentimento ou consentimento 222
2.3. Teoria da indiferença 222
2.4. Teorias da representação 222
3. Elementos do dolo 223
4. Espécies de dolo 223
4.1. Dolo direto e dolo indireto 223
4.2. Dolo genérico e dolo específico 228
4.3. Dolo normativo e dolo natural 229
4.4. Dolo geral (*dolus generalis*) 230
5. Elementos subjetivos especiais 231
5.1. Conceito 231
5.2. Delitos de tendência interna transcendente (delitos de intenção) 231
5.2.1. Crimes de resultado cortado ou antecipado 232
5.2.2. Crimes mutilados ou atrofiados de dois atos 232
5.3. Delitos de tendência intensificada (ou somente delitos de tendência) 233

Capítulo VII ▸ TIPO CULPOSO 235

1. Conceito 235
2. Elementos do tipo culposo 235
   2.1. Conduta voluntária 235
   2.2. Inobservância do dever objetivo de cuidado (desvalor da ação) 236
   2.3. Previsibilidade 237
   2.4. Resultado naturalístico involuntário 238
   2.5. Nexo causal 238
   2.6. Tipicidade 239
3. Modalidades de culpa 239
   3.1. Imprudência 239
   3.2. Negligência 239
   3.3. Imperícia 239
4. Espécies de culpa 239
   4.1. Culpa inconsciente e culpa consciente 239
   4.2. Culpa própria e culpa imprópria 240
5. Compensação de culpas 240
6. Concorrência de crimes culposos 240
7. Diferença entre dolo e culpa 240

Capítulo VIII ▸ CRIME PRETERDOLOSO 245

1. Conceito 245
2. Crime qualificado pelo resultado 246
3. Tentativa e crime preterdoloso 246

Capítulo IX ▸ FASES DA REALIZAÇÃO DO DELITO 247

1. *Iter criminis* 247
2. Crime consumado 251
3. Tentativa 252
   3.1. Conceito e natureza jurídica 252
   3.2. Pena da tentativa 253
   3.3. Classificação 255
      3.3.1. Tentativa imperfeita e tentativa perfeita 255
      3.3.2. Tentativa incruenta e tentativa cruenta 256
      3.3.3. Tentativa fracassada 257
   3.4. Infrações que não admitem a tentativa 257
4. Desistência voluntária e arrependimento eficaz 259

4.1. Introdução 259
4.2. Desistência voluntária 260
4.3. Arrependimento eficaz 260
4.4. Natureza jurídica 263
4.5. Requisitos 264
4.6. Tentativa qualificada 265
5. Arrependimento posterior 266
5.1. Definição legal e natureza jurídica 266
5.2. Requisitos 267
5.3. Causa de diminuição de pena (*quantum*) 269
5.4. Outras hipóteses de reparação do dano 270
6. Crime impossível 270
6.1. Introdução e natureza jurídica 270
6.2. Teorias 271
6.3. Ineficácia absoluta do meio de execução 272
6.4. Absoluta impropriedade do objeto material 274
6.5. Flagrante preparado ou provocado 274
6.6. Agente policial disfarçado 275

Capítulo X ▸ ILICITUDE (ANTIJURIDICIDADE) 279

1. Introdução 279
1.1. Conceito 279
1.2. Ilicitude formal e ilicitude material 280
1.3. Causas legais de exclusão da ilicitude 280
1.4. Causas supralegais de exclusão da ilicitude 281
2. Estado de necessidade 282
2.1. Conceito legal 282
2.2. Requisitos 282
2.2.1. Perigo atual 283
2.2.2. Ameaça a direito próprio ou alheio 283
2.2.3. Situação de perigo não causada voluntariamente pelo sujeito 283
2.2.4. Inexistência de dever legal de enfrentar o perigo (§ 1º) 283
2.2.5. Inevitabilidade da prática do fato lesivo (nem podia de outro modo evitar) 283
2.2.6. Inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado (cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se) 284
2.2.7. Elemento subjetivo do tipo permissivo 285
2.3. Formas de estado de necessidade 285

2.4. Teorias 286
2.4.1. Teoria diferenciadora 286
2.4.2. Teoria unitária (adotada pelo CP) 287
3. Legítima defesa 288
3.1. Requisitos 288
3.1.1. Agressão 288
3.1.2. Agressão injusta 288
3.1.3. Agressão atual ou iminente 289
3.1.4. Defesa de direito próprio ou alheio 290
3.1.5. Repulsa com os "meios necessários" 290
3.1.6. Uso moderado 290
3.1.7. Elemento subjetivo do tipo permissivo 291
3.1.8. Erro de execução na legítima defesa 291
3.2. Excesso 292
3.2.1. Excesso voluntário (excesso doloso) 292
3.2.2. Excesso involuntário 292
3.2.3. Excesso exculpante 292
3.2.4. Excesso extensivo 292
3.2.5. Excesso intensivo 293
3.3. Outras formas de legítima defesa 294
3.3.1. Legítima defesa sucessiva 294
3.3.2. Legítima defesa putativa 294
3.3.3. Legítima defesa subjetiva 294
3.4. Questões específicas 295
3.5. Legítima defesa no caso de agente de segurança pública 296
4. Estrito cumprimento de dever legal 297
5. Exercício regular de direito 299
6. Situações específicas 300
6.1. Intervenções médicas e cirúrgicas 300
6.2. Violência esportiva 300
6.3. Ofendículos 301

Capítulo XI ▸ CULPABILIDADE 303

1. Introdução 303
2. Evolução da culpabilidade (teorias) 304
2.1. Teoria psicológica 304

2.2. Teoria normativa ou psicológico-normativa 304
2.3. Teoria normativa pura 305
2.4. Modernas teorias da culpabilidade 307
3. Imputabilidade 307
3.1. Conceito 307
3.2. Excludentes da imputabilidade (inimputabilidade) 308
3.2.1. Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado 308
3.2.2. Menoridade 309
3.2.3. Embriaguez completa acidental 310
3.3. Causas não excludentes da imputabilidade 310
3.3.1. Semi-imputabilidade 310
3.3.2. Emoção e paixão 311
3.3.3. Embriaguez não acidental (voluntária ou culposa) 312
3.3.4. Embriaguez acidental incompleta 313
4. Potencial consciência da ilicitude 314
4.1. Conceito 314
4.2. Excludente da potencial consciência da ilicitude 315
4.3. Não excludente da potencial consciência da ilicitude 315
5. Exigibilidade de conduta diversa 316
5.1. Conceito 316
5.2. Coação moral irresistível 316
5.2.1. Requisitos 316
5.2.2. Efeitos 317
5.3. Obediência hierárquica 319
5.3.1. Requisitos 319
5.3.2. Efeitos 319
5.4. Causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa 320
5.4.1. Introdução 320
5.4.2. Cláusula de consciência 321
5.4.3. Desobediência civil 321
5.4.4. Conflito de deveres 321
6. Coculpabilidade 322
7. Vulnerabilidade (culpabilidade pela vulnerabilidade) 324
7.1. Criminalização primária e secundária. Da cifra oculta da criminalidade 324
7.2. Seletividade e vulnerabilidade 324
7.3. Culpabilidade pela vulnerabilidade 325

Capítulo XII ▸ ERRO DE TIPO 327

1. Erro de tipo essencial 327
   1.1. Conceito 327
   1.2. Formas e efeitos 330
      1.2.1. Erro de tipo inevitável, invencível ou escusável 330
      1.2.2. Erro de tipo evitável, vencível ou inescusável 330
2. Descriminantes putativas por erro de tipo 330
   2.1. Introdução 331
   2.2. Erro sobre a situação de fato de uma descriminante 331
   2.3. Formas e efeitos 332
      2.3.1. Erro inevitável, invencível ou escusável 332
      2.3.2. Erro evitável, vencível ou inescusável 332
   2.4. Natureza jurídica (discussão doutrinária) do erro sobre os pressupostos fáticos 333
3. Erro provocado por terceiro 336
4. Erro de tipo acidental 336
   4.1. Erro sobre a pessoa – *error in persona* 336
   4.2. Erro sobre o objeto – *error in objecto* 337
   4.3. Erro acerca do nexo causal (desvio do nexo causal) 337
   4.4. Erro na execução – *aberratio ictus* 338
   4.5. Resultado diverso do pretendido – *aberratio criminis* ou *delicti* 338
5. Erro de tipo e delito putativo 338

Capítulo XIII ▸ ERRO DE PROIBIÇÃO 341

1. Conceito 341
2. Formas e efeitos do erro de proibição 342
   2.1. Erro de proibição inevitável, invencível ou escusável 342
   2.2. Erro de proibição evitável, vencível ou inescusável 342
   2.3. Erro de proibição grosseiro (crasso) 343
3. Erro de proibição direto 343
4. Erro de proibição indireto 344
5. Outras espécies de erro 346
   5.1. Erro de compreensão 346
   5.2. Erro culturalmente condicionado 346
   5.3. Erro culturalmente condicionado e o índio 346
   5.4. Erro de mandamento 347
   5.5. Erro de subsunção 347
   5.6. Erro de punibilidade 348

5.7. Erro de vigência 348
5.8. Erro de eficácia 348

Parte IV
CONCURSO DE PESSOAS

CAPÍTULO ÚNICO 351

1. Introdução 351
2. Requisitos do concurso de pessoas 352
   2.1. Pluralidade de agentes e condutas 352
   2.2. Relevância causal e jurídica de cada uma das condutas 352
   2.3. Vínculo subjetivo entre os agentes 354
   2.4. Identidade de infração penal 355
3. Teorias sobre o concurso de pessoas 355
   3.1. Teoria monística, monista, unitária ou igualitária (*concursus plurium ad idem delictum*) 356
   3.2. Teoria pluralista (teoria da cumplicidade-delito distinto ou da autonomia da concorrência) 356
   3.3. Teoria dualística ou dualista 357
4. Autoria 358
   4.1. Conceitos de autor 358
      4.1.1. Conceito unitário de autor 358
      4.1.2. Conceito extensivo de autor 358
      4.1.3. Teoria subjetiva 358
      4.1.4. Conceito restritivo de autor 359
         4.1.4.1. Introdução 359
         4.1.4.2. Teoria objetivo-formal 359
         4.1.4.3. Teoria objetivo-material 360
      4.1.5. Teoria do domínio do fato 360
         4.1.5.1. Histórico 360
         4.1.5.2. Autor 361
         4.1.5.3. Teoria do domínio do fato na jurisprudência e doutrina brasileiras 363
   4.2. Autoria imediata 366
   4.3. Autoria mediata 366
      4.3.1. Noção 366
      4.3.2. Situações de autoria mediata 367
      4.3.3. Situações peculiares 368
         4.3.3.1. Crime próprio e autoria mediata 368

4.3.3.2. Crime de mão própria e autoria mediata 369
4.3.3.3. Crime culposo e autoria mediata 369
4.3.3.4. Coação física irresistível e autoria mediata 369
4.4. Autoria de escritório ou aparatos organizados de poder (teoria do domínio da organização) 370
4.4.1. Noção 370
4.4.2. Fundamentos do domínio da organização 370
4.4.3. Modelos de aparatos de poder 371
4.5. Autoria de determinação 372
4.6. Autoria colateral 373
4.7. Autoria incerta ou autoria colateral incerta 373
4.8. Autoria ignorada 373
4.9. Autoria acessória (secundária) ou autoria colateral complementar 373
4.10. Autoria de reserva 374
4.11. Coautoria sucessiva 374
4.12. Autoria sucessiva 374
4.13. Coautoria alternativa 375
4.14. Atuação em nome de outrem 375
4.15. Autoria por convicção 375
4.16. Autoria intelectual 375
5. Participação 376
5.1. Introdução 376
5.2. Formas (induzimento, instigação e auxílio) 376
5.3. Natureza jurídica da participação 377
5.4. Participação de menor importância 379
5.5. Participação por omissão 380
5.6. Participação criminal mediante ações neutras 380
5.7. Participação de participação (participação em cadeia ou participação mediata) 380
5.8. Participação sucessiva e "alias facturus" 381
5.9. Participação negativa (conivência) 381
5.10. Participação em ação alheia 382
6. Cooperação dolosamente distinta 382
7. Comunicabilidade de elementares e circunstâncias 384
7.1. Elementares e circunstâncias 384
7.2. Natureza das elementares e circunstâncias 385

7.3. Da (in)comunicabilidade das elementares e circunstâncias 385
8. Casos de impunibilidade 386
8.1. Não execução do crime 386
8.2. Desistência voluntária ou arrependimento eficaz do autor 387
9. Questões complementares 388
9.1. Concurso de pessoas em crime omissivo próprio (puro) 388
9.2. Concurso de pessoas em crime omissivo impróprio 388
9.3. Concurso de pessoas em crime culposo 389
9.4. Autoria colateral em crimes culposos 390
9.5. Concurso de pessoas em crimes próprios e de mão própria 390
9.6. Agravantes no caso de concurso de pessoas 391
9.7. Concurso de pessoas e infanticídio 392

Parte V
SANÇÃO PENAL

Capítulo I ▸ INTRODUÇÃO 395
1. Conceito 395
2. Finalidades da pena 396
2.1. Teorias absolutas (retributivas) 396
2.2. Teorias relativas (preventivas ou utilitárias) 396
2.2.1. Prevenção geral (negativa e positiva) 396
2.2.2. Prevenção Especial (positiva e negativa) 397
2.3. Teorias unificadoras, unitárias, ecléticas ou mistas 397
3. Princípios fundamentais 399
3.1. Princípio da legalidade estrita ou da reserva legal 399
3.2. Princípio da anterioridade da lei 399
3.3. Princípio da aplicação da lei mais favorável 399
3.4. Princípio da individualização da pena 399
3.5. Princípio da humanidade 400
3.6. Princípio da pessoalidade, personalidade ou intranscendência da pena 400
3.7. Princípio da suficiência da pena 401
3.8. Princípio da proporcionalidade da pena 401
3.9. Princípio da necessidade concreta de pena e princípio da irrelevância penal do fato 401
4. Classificação das penas 402

Capítulo II ▸ PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE 403

1. Espécies 403
2. Regimes de cumprimento da pena 404
   - 2.1. Espécies de regime 404
   - 2.2. Regime disciplinar diferenciado 405
     - 2.2.1. Características 405
     - 2.2.2. Hipóteses de cabimento 406
     - 2.2.3. Isolamento preventivo 407
     - 2.2.4. Legitimidade do pedido e competência para aplicação 407
     - 2.2.5. (In)constitucionalidade do RDD 407
   - 2.3. Fixação do regime inicial 408
   - 2.4. Regime inicial na legislação especial 413
     - 2.4.1. Crimes hediondos e equiparados 413
     - 2.4.2. Organização Criminosa 414
   - 2.5. Direito de cumprir a pena no estabelecimento penal adequado 414
   - 2.6. Estabelecimento penal federal de segurança máxima 416
3. Progressão de regime 417
   - 3.1. Regra geral 418
   - 3.2. Legislação especial 421
     - 3.2.1. Crime hediondo 421
     - 3.2.2. Organização criminosa 424
   - 3.3. Progressão especial 424
   - 3.4. Falta grave e progressão 425
   - 3.5. Regressão 426
   - 3.6. Nova condenação e progressão 427
4. Regras dos regimes 427
   - 4.1. Regras do regime fechado (CP, art. 34) 427
   - 4.2. Regras do regime semiaberto (CP, art. 35) 427
   - 4.3. Regras do regime aberto (CP, art. 36) 429
   - 4.4. Regime especial para mulher (CP, art. 37) 430
   - 4.5. Direitos do preso 430
   - 4.6. Trabalho do preso 431
   - 4.7. Superveniência de doença mental 431
5. Remição 431
   - 5.1. Conceito e regras gerais 431
   - 5.2. Regime aberto, livramento condicional e preso provisório 434
   - 5.3. Competência 434

5.4. Remição e falta grave 434
6. Detração 436
6.1. Regra geral 436
6.2. Detração paralela e princípio da conta corrente 436
6.3. Penas restritivas de direito ou de multa e detração 437
6.4. Detração e prescrição 437
6.5. Detração e medidas socioeducativas 437
6.6. Liberdade provisória, medidas cautelares e detração 438
6.7. Detração e regime inicial 438

Capítulo III ▸ APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE 441

1. Pena-base (1ª fase) 442
1.1. Regras gerais 443
1.2. Circunstâncias judiciais 445
1.2.1. Culpabilidade 445
1.2.2. Antecedentes 447
1.2.3. Conduta social 453
1.2.4. Personalidade 454
1.2.5. Motivos 456
1.2.6. Circunstâncias do crime 457
1.2.7. Consequências do crime 457
1.2.8. Comportamento da vítima 459
2. Circunstâncias atenuantes e agravantes (2ª fase) 460
2.1. Introdução 460
2.2. Concurso de agravantes e atenuantes 462
2.3. Circunstâncias agravantes 464
2.3.1. Rol do art. 61 do Código Penal 464
2.3.2. Agravantes no concurso de pessoas 468
2.3.3. Questões pontuais 469
2.3.4. Reincidência 471
2.3.4.1. Conceito 471
2.3.4.2. Espécies 472
2.3.4.3. Efeitos da reincidência 472
2.3.4.4. Sistema da temporariedade 473
2.3.4.5. Reincidência do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais 476
2.3.4.6. Questões pontuais 477
2.4. Circunstâncias atenuantes 482

2.4.1. Rol das atenuantes (art. 65 do CP) 482
2.4.2. Atenuante inominada (art. 66 do CP) 487
3. Causas de aumento e de diminuição (3ª fase) 488

Capítulo IV ▸ PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS 493

1. Introdução 493
1.1. Espécies 493
1.2. Natureza jurídica 494
1.3. Classificação 494
1.4. Duração 495
1.5. Penas restritivas de direitos e suspensão dos direitos políticos 495
2. Regras para a aplicação 495
2.1. Requisitos para a substituição 495
2.2. Questões pontuais 498
2.3. Formas ou critérios de aplicação 500
3. Conversão (art. 44, § § 4º e 5º) 502
3.1. Descumprimento injustificado da restrição imposta 502
3.2. Nova condenação 502
3.3. Questões pontuais 502
4. Penas restritivas de direitos em espécie 503
4.1. Prestação pecuniária (art. 45, § 1º) 503
4.2. Perda de bens e valores (art. 45, § 3º) 504
4.3. Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 46) 504
4.4. Interdição temporária de direitos (CP, art. 47) 504
4.5. Limitação de fim de semana (art. 48) 505

Capítulo V ▸ PENA DE MULTA 507

1. Conceito 507
2. Cominação 507
3. Cumulação de multas 507
4. Legitimidade ativa da execução da multa 508
5. Conversão da multa em detenção 509
6. Fases da fixação da pena de multa 509
7. Extinção da punibilidade 511

Capítulo VI ▸ CONCURSO DE CRIMES 513

1. Conceito 513
2. Sistemas de aplicação da pena 513

3. Concurso material (ou real) 513
3.1. Conceito 513
3.2. Espécies 514
3.3. Aplicação das penas 514
4. Concurso formal (ou ideal) 514
4.1. Conceito 514
4.2. Concurso formal perfeito ou próprio 515
4.2.1. Conceito 515
4.2.2. Aplicação das penas 516
4.2.3. Concurso material benéfico 518
4.3. Concurso formal imperfeito ou impróprio 518
4.3.1. Conceito 518
4.3.2. Aplicação das penas 520
5. Crime continuado 521
5.1. Conceito 521
5.2. Requisitos 522
5.3. Teorias 523
5.3.1. Teoria puramente objetiva 523
5.3.2. Teoria objetivo-subjetiva ou mista 523
5.4. Natureza jurídica 525
5.5. Espécies 525
5.6. Aplicação das penas (regra geral) 526
5.7. Aplicação das penas (questões pontuais) 527
6. Pontos relevantes sobre o concurso de crimes 529
7. Erro na execução (*aberratio ictus*) 531
7.1. Conceito 531
7.2. Espécies 531
8. Resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis ou delicti*) 534
9. Limites das penas privativas de liberdade 535
9.1. Tempo máximo de cumprimento 535
9.2. Nova condenação 535
9.3. Regra sobre os benefícios 536

Capítulo VII ▸ **SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA** 539

1. Introdução 539
2. Sistemas 540
2.1. Sistema franco-belga (europeu continental) 540
2.2. Sistema anglo-americano (*probation system*) 540

2.3. Sistema do *probation of first offenders act* 540
3. Requisitos 540
3.1. Requisitos objetivos 540
3.2. Requisitos subjetivos 541
4. Espécies 541
5. Condições 542
6. Período de prova 542
7. Revogação 542
7.1. Revogação obrigatória (art. 81, I a III) 542
7.2. Revogação facultativa (art. 81, § 1º) 543
8. Cassação 544
9. Prorrogação do período de prova 544
10. Extinção da pena 544
11. Questões específicas 545

Capítulo VIII ▸ LIVRAMENTO CONDICIONAL 547

1. Conceito 547
2. Requisitos 547
2.1. Requisitos objetivos 547
2.2. Requisitos subjetivos 548
3. Procedimento 552
4. Condições 552
5. Revogação e seus efeitos 552
5.1. Revogação obrigatória 552
5.2. Revogação facultativa 553
6. Prorrogação/suspensão/Extinção 554
7. Quadro para fixação 556

Capítulo IX ▸ EFEITOS DA CONDENAÇÃO 559

1. Efeitos principais 559
2. Efeitos secundários 559
2.1. Efeitos secundários de natureza penal 559
2.2. Efeitos secundários de natureza extrapenal 560
2.2.1. Genéricos (aplicação automática) 560
2.2.2. Confisco alargado (CP, art. 91-A) 563
2.2.3. Específicos (CP, art. 92) 565

2.3. Suspensão dos direitos políticos 569
2.4. Outros efeitos secundários de natureza extrapenal 571

Capítulo X ▸ REABILITAÇÃO 575

1. Finalidade 575
2. Requisitos (CP, art. 94) e processamento 575

Capítulo XI ▸ MEDIDAS DE SEGURANÇA 577

1. Introdução 577
2. Espécies de medidas de segurança 577
3. Imposição da medida de segurança 579
   3.1. Inimputável (art. 26, caput) 579
   3.2. Semi-imputável (art. 26, parágrafo único) 579
   3.3. Superveniência de doença mental 580
4. Período da medida de segurança (CP, art. 97) 580
   4.1. Prazo mínimo 580
   4.2. Prazo máximo 580
   4.3. Desinternação ou liberação 581

Parte VI
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Capítulo I ▸ CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE 587

1. Introdução 587
2. Morte do agente 590
3. Anistia 591
4. Graça e indulto 591
5. *Abolitio criminis* 595
6. Decadência 595
7. Perempção 596
8. Renúncia 596
9. Perdão aceito ou perdão do ofendido 597
10. Retratação 598
11. Perdão judicial 599

Capítulo II ▸ PRESCRIÇÃO 601

1. Introdução 601
   1.1. Conceito 601
   1.2. Fundamentos 601

1.3. Natureza jurídica 601
1.4. Imprescritibilidade 601
1.4.1. Hipóteses constitucionais 601
1.4.2. Tortura 602
2. Espécies de prescrição 603
3. Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita 604
3.1. Sistemática 604
3.2. Regras para o cálculo do prazo prescricional 605
3.3. Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final 608
3.4. Causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva 611
3.4.1. Recebimento da denúncia ou da queixa 611
3.4.1.1. Disposições gerais 611
3.4.1.2. Recebimento da denúncia nos termos da Lei 11.719/08 612
3.4.1.3. Recebimento do aditamento à denúncia 613
3.4.1.4. Denúncia anulada e o seu recebimento 614
3.4.2. Pronúncia 615
3.4.3. Decisão confirmatória da pronúncia 615
3.4.4. Publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis 616
3.4.4.1. Data da publicação 616
3.4.4.2. Sentença que aplica medida de segurança 616
3.4.4.3. Acórdão que confirma a sentença condenatória 617
3.4.4.4. Nulidade da sentença condenatória 618
3.5. Comunicabilidade das causas interruptivas 618
3.6. Causas suspensivas da prescrição da pretensão punitiva 620
3.7. Prescrição do crime pressuposto 621
4. Prescrição superveniente ou intercorrente ou subsequente (espécie de PPP) 622
5. Prescrição retroativa (espécie de PPP) 624
6. Prescrição da pretensão executória (PPE) 628
6.1. Introdução 628
6.2. Termo inicial e causas interruptivas da prescrição da pretensão executória 628
6.3. Reincidência como causa interruptiva 632
6.4. Causa suspensiva da prescrição da pretensão executória 633
7. Redução dos prazos prescricionais 633
8. Prescrição da medida de segurança e da medida socioeducativa 636
9. Prescrição antecipada 638
10. Prescrição: penas restritivas e pena de multa 639

BIBLIOGRAFIA 641

Parte I

INTRODUÇÃO

Capítulo I ▸ Direito Penal
Capítulo II ▸ Princípios penais e político-criminais
Capítulo III ▸ Direito Penal na sociedade do risco

Capítulo 1

Direito Penal

1. CONCEITO DE DIREITO PENAL

1.1. Conceito formal

Sob o **aspecto formal**, trata-se de um conjunto de normas jurídicas mediante o qual o Estado proíbe determinadas condutas (ações ou omissões), sob ameaça de sanção penal (penas e medidas de segurança). Também se incluem as normas que estabelecem os princípios gerais e as condições ou pressupostos de aplicação da sanção penal, que igualmente podem ser impostas aos autores de um fato previsto como crime.

1.2. Conceito social

Em uma **perspectiva social**, o Direito Penal é um dos modos de controle social utilizados pelo Estado. Sob o enfoque minimalista (Direito Penal de intervenção mínima), esse modo de controle social deve ser subsidiário, ou seja, somente estará legitimada a atuação do Direito Penal diante do fracasso de outras formas de controle *jurídicas* (Direito Civil e Direito Administrativo, por exemplo) ou *extra-jurídicas*, tais como a via da família, da igreja, da escola, do sindicato, as quais se apresentam atuantes na tarefa de socializar o indivíduo.

2. DENOMINAÇÕES ESPECÍFICAS DO DIREITO PENAL

2.1. Direito Penal objetivo e Direito Penal subjetivo

O **Direito Penal objetivo** constitui-se das normas penais incriminadoras (definem as infrações penais e cominam as sanções penais) e não incriminadoras.

Direito Penal subjetivo é o direito de punir do Estado (*jus puniendi*), ou seja, o direito do Estado de aplicar as normas penais. O direito de punir possui três momentos: 1º) ameaça da pena (pretensão intimidatória); 2º) aplicação da pena (pretensão punitiva); 3º) execução da pena (pretensão executória). Até mesmo na hipótese de ação penal privada o Estado não transfere o *jus puniendi* à vítima, mas sim possibilita por parte desta o exercício do *jus accusationis*.

As normas penais (Direito Penal objetivo), além de criarem o direito de punir do Estado, conferem direitos para o próprio cidadão, uma vez que também

possuem a função de limitar o próprio *jus puniendi*, garantindo ao cidadão, dentre outros direitos, o de não ser punido por fatos não definidos em lei, evitando a arbitrariedade do Estado.

2.2. Direito Penal de culpabilidade e Direito Penal de periculosidade

O Direito Penal de culpabilidade concebe o homem como pessoa - capaz de entender e autodeterminar-se segundo a norma - e sustenta que a pena é uma retribuição pela reprovabilidade. Se a pessoa pode escolher agir ou deixar de agir conforme a norma, pode ser censurada (culpabilidade). O limite da pena é o grau de culpabilidade (Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 116).

Para o Direito Penal de periculosidade o homem é determinado (não possui capacidade de escolha) e a pena tem como objeto e único limite a periculosidade.

2.3. Direito Penal do fato, Direito Penal do autor e Direito Penal do fato que considera o autor

A expressão **Direito Penal do fato** significa que as leis penais somente devem punir **fatos** causados pelo homem e lesivos a bens jurídicos de terceiro. Não se pune o pensamento, mas sim as manifestações exteriores do ser humano.

O **Direito Penal do autor** é marcado pela punição de pessoas que não tenham praticado nenhuma conduta. Pune-se alguém pelo seu modo de ser ou pela sua característica ou condição pessoal e não pelo seu fato.

Como bem sistematizam Zaffaroni e Pierangeli, "todo Direito Penal de periculosidade é um Direito Penal de autor, enquanto o Direito Penal de culpabilidade pode ser de autor ou 'de ato' (que é o seu oposto)" (Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 116).

Na lição de Francisco de Assis Toledo, existem correntes moderadas, no sentido de predominar o **Direito Penal do fato, mas levando também em consideração o seu autor.** A comprovação disso se dá ao analisarmos as leis penais, que tipificam fatos (modelo de conduta proibida) e não o perfil psicológico do autor. Porém, condições ou qualidades do autor também são consideradas dentro do *quadro de punibilidade do fato*, como a personalidade e os antecedentes criminais, utilizados como critérios na aplicação da pena (*Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 251). A propósito, como veremos, uma corrente minoritária sustenta que esses dados pessoais não poderiam ser considerados no momento da fixação da pena, justamente por manifestar o Direito Penal do autor.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2015 - DPE-PE - Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No direito penal do autor, o delito é visto como um sintoma de um estado do autor, mecânica ou moralmente inferior ao das pessoas consideradas normais".

2.4. Direito Penal primário (clássico) e Direito Penal secundário (extravagante ou penal administrativo)

O Direito Penal primário é aquele contido nos Códigos Penais. O Direito Penal secundário é o contido nas leis especiais não integrantes do Código Penal (cf. Jorge de Figueiredo Dias. *Temas básicos da Doutrina Penal*, p. 48).

2.5. Direito Penal de duas velocidades (*Direito Penal nuclear* e *Direito Penal periférico*)

Como veremos no capítulo "Direito Penal na Sociedade do Risco", para conter os problemas da expansão do Direito Penal moderno (hipertrofia penal), na Ciência Penal espanhola, Jesús-María Silva Sánchez (*A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, p. 144-147) propõe um modelo dualista de sistema penal, denominado de Direito Penal de duas velocidades, que varia de acordo com seu nível de intensidade.

Direito Penal de primeira velocidade: assegura todos os critérios clássicos de imputação e os princípios penais e processuais penais tradicionais (ex.: princípios da subsidiariedade e ofensividade), mas permite a aplicação da **pena de prisão**. Trata-se do Direito Penal clássico, que protege bens jurídicos individuais e, eventualmente, supraindividuais, sempre que efetivamente houver lesão ou perigo concreto de lesão (ob. cit., p. 147). Nesse nível de intensidade, o Direito Penal é reduzido ao seu núcleo duro **(Direito Penal nuclear).**

Direito Penal de segunda velocidade: ao lado do Direito Penal nuclear, em uma zona periférica, admitir-se-ia a segunda expansão do Direito Penal, dirigido à proteção dos novos e grandes riscos da sociedade, com a possibilidade de **flexibilização de garantias penais** e processuais penais (Direito Penal periférico). Confere proteção aos bens jurídicos supraindividuais, possibilitando a **antecipação da tutela penal** (tipificação de condutas presumivelmente perigosas – crimes de perigo presumido) e a criação de **crimes de acumulação** (a lesão ao bem jurídico pressupõe a soma de várias condutas praticadas individualmente). Porém, diante dessa flexibilização, **não admite a aplicação da pena de prisão**, mas somente as penas restritivas de direitos e pecuniárias.

2.6. Direito Penal de terceira velocidade

Direito Penal marcado pela "*relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais*". Apesar de reconhecer a sua existência nas legislações modernas, principalmente no Direito Penal socioeconômico, Silva Sánchez sustenta que seu âmbito deve ser reconduzido a uma das duas velocidades (ob. cit., 148). Caracteriza-se como Direito Penal de terceira velocidade o chamado **Direito Penal do inimigo** (Jakobs).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2008 – TJ-AL – Juiz de Direito) *Questão discursiva:* "Discorra acerca das velocidades do direito penal, abordando especialmente o direito penal de terceira velocidade, citando exemplos e reflexos, quer no direito penal, quer no direito processual penal".

2.7. Direito Penal do inimigo

Segundo Günther Jakobs (*Direito Penal do Inimigo*: Noções e Críticas, 2005), o Estado deve proceder de dois modos com os criminosos. Ao 'delinquente-cidadão' aplica-se o Direito Penal do cidadão, ao passo que o 'delinquente inimigo' se aplica o Direito Penal do inimigo.

Para Jakobs, algumas pessoas cometem erros e devem estar sujeitas ao Direito Penal do cidadão. Nesse caso, apesar de haver danificação à vigência da norma, deve ser chamado de modo coativo, como cidadão, a equilibrar o dano. Esse equilíbrio se dá com a aplicação da pena.

Por outro lado, outros delinquentes (inimigos) devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação, utilizando o denominado Direito Penal do inimigo. Isso porque o inimigo não possui a condição de cidadão, tendo em vista que não cumpre a sua função no corpo social ao deixar de satisfazer, de forma duradoura, mínimas expectativas normativas.

Assim, pode-se apontar como características do Direito Penal do inimigo: a) processo mais célere visando à aplicação da pena; b) penas desproporcionalmente altas; c) suprimento ou relativização de garantias processuais; d) o inimigo perde sua qualidade de cidadão (sujeito de direitos); e) o inimigo é identificado por sua periculosidade, de sorte que o Direito Penal deve punir a pessoa pelo que ela representa (Direito Penal prospectivo).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – TJ-SC – Juiz de Direito) Constitui uma das características do direito penal do inimigo: a) a legislação diferenciada. b) a punição a partir de atos executórios. c) a não utilização de medidas de segurança. d) a observância das garantias processuais penais. e) o abrandamento das penas na antecipação da tutela penal.Gabarito: A.

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Os crimes de perigo abstrato, que são modalidades de tutela antecipada de bens jurídicos, podem ser considerados exemplos da forma de intervenção penal denominada: 'Direito Penal do Inimigo' descrita por Jakobs. Esta forma de tutela é utilizada, por exemplo, no Direito Ambiental e na proteção de vítimas de violência doméstica".

(CESPE – 2012 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Idealizado por Günther Jakobs, o direito penal do inimigo é entendido como um direito penal de terceira velocidade, por utilizar a pena privativa de liberdade, mas permitir a flexibilização de garantias materiais e processuais, podendo ser observado, no direito brasileiro, em alguns institutos da lei que trata dos crimes hediondos e da que trata do crime organizado".

(CESPE – 2018 – PC-MA – Delegado de Polícia Civil) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No direito penal do inimigo, a sanção penal é aplicada com extremo rigor e objetiva punir o inimigo de modo exemplar por atos cometidos, sem, contudo, relativizar ou suprimir garantias processuais".

(MP-MG – 2008 – Promotor de Justiça) "Modernamente, o chamado Direito Penal do Inimigo pode ser entendido como um Direito Penal de: (...) **terceira velocidade**".

2.8. Direito Penal de quarta velocidade ou neopunitivismo

Neopunitivismo é um termo cunhado por Daniel Pastor (*La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos, in* Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: 2005/A, pp. 73-114). Seria o modelo de sistema penal utilizado pelo Tribunal Penal Internacional, com restrição e supressão de garantias penais e processuais penais de réus que no passado ostentaram a função de chefes de estado e, como tal, violaram gravemente tratados internacionais que tutelam direitos humanos.

Para o Direito Penal do inimigo e Direito Penal de terceira velocidade, o inimigo (réu no âmbito do Direito Penal interno) é aquele que perdeu a condição de cidadão por ter deixado de cumprir sua função no corpo social (não satisfez as mínimas expectativas normativas), ao passo que, para o neopunitivismo, o inimigo (réu na esfera do Direito Penal internacional) é aquele que alguma vez foi detentor do poder estatal e violou direitos humanos.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MS – 2018 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A quarta velocidade do direito penal refere-se ao neopunitivismo, abrangendo aquelas pessoas que violaram tratados e convenções internacionais de direitos humanos, ostentando a condição de Chefes de Estado, devendo sofrer a incidência de normas internacionais".

2.9. Direito Penal de emergência, Direito Penal simbólico e Direito Penal promocional

Predomina na legislação penal imediatamente posterior à Constituição de 1988 o *movimento punitivista*. É fácil perceber os motivos quando se analisa a exploração e potencialização da violência social por parte da mídia, o que incentiva um estado de insegurança, de medo e de terror, e, por consequência, cria-se a falsa ideia de ser o Direito Penal um instrumento eficaz de combate à violência.

Verifica-se que o Brasil vem seguindo a tendência de vários países no sentido de utilizar o Direito Penal como função simbólica e promocional, o que contribui para a chamada *expansão do Direito Penal (hipertrofia penal)*, com a criação de novos tipos, muitos de perigo abstrato, com o agravamento de várias penas já existentes, sem a mínima preocupação com as finalidades destas, e, ainda, com a flexibilização de várias garantias penais e processuais penais.

Nessa seara vem o **Direito Penal de emergência**, expressão utilizada para expressar as hipóteses nas quais o Estado utiliza legislação excepcional para limitar ou derrogar garantias penais e processuais penais em busca do controle da alta criminalidade. Nesse sentido, foram criadas as Leis 8.072/90 (crimes hediondos) e 9.034/95 (organizações criminosas), a última revogada pela Lei 12.850/13.

Sempre que a sociedade clama por segurança pública, máxime nos tempos atuais de uma sociedade de risco, surge o legislador com sua pretensão de dar uma rápida resposta aos anseios sociais, e, com isso, muitas vezes criminaliza condutas

sem qualquer fundamento criminológico e de política criminal, criando a ilusão de que resolverá o problema por meio da utilização da tutela penal. Com efeito, se a criação da lei penal não afeta a realidade, o Direito Penal acaba cumprindo apenas uma função simbólica. Daí a expressão **Direito Penal simbólico**.

Entretanto, apesar desse aspecto negativo da função simbólica do Direito Penal, a doutrina aponta um aspecto "positivo", consistente na geração de sentimento de segurança e tranquilidade para a sociedade, que em um primeiro momento acredita na eficácia da lei penal.

Na visão do autor alemão Winfried Hassemer, o Direito Penal simbólico é multifacetado e "marca um Direito Penal que se inspira menos na proteção dos respectivos bens jurídicos do que no atingimento de efeitos políticos de longo alcance, como a imediata satisfação de uma 'necessidade de ação'. Trata-se de um fenômeno de crise da Política Criminal moderna orientada para as consequências" (*Direito Penal. Fundamentos, Estrutura, Política*, p. 230).

De outra parte, o **Direito Penal promocional** ocorre quando o Estado utiliza as leis penais para consecução de suas finalidades políticas, por ser um poderoso instrumento de desenvolvimento e transformação social (função promocional). Essa função é criticada por parte da doutrina, uma vez que o Direito Penal deixa de ser utilizado pelo legislador como modo de controle social subsidiário (*ultima ratio*).

2.10. Direito Penal subterrâneo e Direito Penal paralelo

Na verdade, se referem aos sistemas penais paralelos e subterrâneos. Segundo Zaffaroni, sistema penal é o conjunto das agências que operam a criminalização primária e a criminalização secundária ou que convergem na sua produção. Denomina-se criminalização o processo de seleção de um número reduzido de pessoas realizado pelo Estado (detentor do Poder), as quais serão submetidas à punição. A criminalização primária é a elaboração das leis penais, ao passo que o programa deve ser cumprido pelas agências de criminalização secundária (Polícia, Ministério Público, Judiciário e agentes penitenciários).

Porém, como o sistema penal formal do Estado não exerce grande parte do poder punitivo, outras agências acabam se apropriando desse espaço e passam a exercer o poder punitivo paralelamente ao estado (**sistemas penais paralelos**). Ex.: médico aprisionando doentes mentais; institucionalização pelas autoridades assistenciais dos morados de rua; famílias abandonando pessoas idosas em estabelecimentos particulares; autoridades administrativas e as corporações ao impor sanções que implicam desemprego, que pode ser mais grave que uma sanção penal (cf. Zaffaroni, *Derecho Penal*. Parte Generale, p. 25).

No escólio do citado autor, "todas as agências executivas exercem algum poder punitivo à margem de qualquer legalidade ou com marcos legais muito questionáveis, mas sempre fora do poder jurídico", o que acarreta um abuso de poder. Chama-se esse âmbito de atuação ilícita de **sistema penal subterrâneo**. Ex.: institucionalização de pena de morte (execução sem processo), desaparecimentos,

torturas, extradições mediante sequestro, grupos especiais de inteligência italianos, norte-americanos e espanhóis que atuam fora da lei (ob. cit., p 26).

2.11. Direito Penal Internacional

São as normas de direito internacional (combinação de princípios de Direito Penal e direito internacional) que dispõem as consequências jurídico-penais. O Direito Penal Internacional origina-se por celebração de convenções multilaterais entre os Estados interessados, pelo direito consuetudinário ou pelos princípios gerais de direito (cf. Kai Ambos, *A Parte Geral do Direito Penal Internacional*, p.42-43).

3. FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

3.1. Função de proteção de bens jurídicos

Uma das mais destacadas funções do Direito Penal é a **proteção dos bens jurídicos.** Entretanto, o Direito Penal não tutela todos os bens jurídicos, mas somente os **mais relevantes** para um convívio harmônico em sociedade.

3.2. Função de garantia de vigência da norma

Para Günther Jakobs (Direito Penal e Funcionalismo, 2005, p.33-34), o Direito Penal **garante a vigência da norma** e não a proteção de bens jurídicos. Na verdade, o Direito Penal não pode garantir a existência dos bens, mas sim que as outras pessoas não os ataquem. Assim, o Direito Penal seria uma estrutura que garante a relação entre as pessoas, ou seja, garante a expectativa de que não se produzam novas ameaças aos bens. A título de exemplo, cita que o proprietário de um bem pode autorizar a sua destruição, mas pode pretender que isso não ocorra. Portanto, "do ponto de vista do Direito Penal, o bem aparece exclusivamente como pretensão do proprietário de que este seja respeitado. Em outras palavras, do ponto de vista do Direito Penal, o bem não deve ser representado como um objeto físico ou algo do gênero, e sim, como **norma**, como expectativa garantida" (grifo nosso).

3.3. Outras funções

Diz-se, ainda, que o Direito Penal possui a **função de prevenir a vingança privada**.

De outro lado, como a pena encerra a violência ao indivíduo, o Direito Penal também possui a **função garantista** consistente na proteção do indivíduo contra os possíveis excessos de poder (Direito Penal garantista). Por fim, em certas situações, visa a amenizar o dano sofrido pela vítima.

A par dessas funções legítimas, o Direito Penal acaba exercendo outras funções consideradas ilegítimas, tais como a **função simbólica** (Direito Penal simbólico) e a **função promocional** (Direito Penal promocional).

4. BEM JURÍDICO-PENAL E CONSTITUIÇÃO

4.1. Conceito e evolução do conceito de bem jurídico

No período pré-iluminista o crime era visto como um pecado, de sorte que com a sua prática havia a violação da vontade divina. Com a separação entre Estado e Igreja, o crime passou a ser um dano à nação. No período iluminista, Feuerbach busca um conceito material de crime, e com isso define-o como uma *violação de um direito subjetivo alheio*. Em seu ponto de vista, aquele que ultrapassa os limites da liberdade legal viola um direito, causando uma ofensa (lesão).

Com Birnbaum (1834) abandona-se a definição do crime como violação de direitos subjetivos e inicia-se o conceito de **bem jurídico**. O autor busca o conteúdo do crime na ofensa a valores reconhecidos pela sociedade. O crime passa a ser a ofensa a bens protegidos pela norma. Os *bens* passam ao centro da discussão do crime e não mais os direitos (ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, p. 51).

Surgem variantes metodológicas acerca do conceito de bem jurídico. Como bem sintetiza Nilo Batista: para uns, o bem jurídico é criado pelo direito, através da seleção exercida pelo legislador (Binding); para outros, o bem jurídico é um "interesse da vida", que o legislador toma de uma realidade social que lho impõe (Von Liszt). Houve quem deslocasse o bem jurídico estritamente para a tarefa de critério de interpretação teleológica da norma, no movimento que ficou conhecido como "direção metodológica" (Honig). (...) Recentemente, intenta-se "positivar" os bens jurídicos, deduzindo-os do texto constitucional (Angioni) (*Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 95).

Sobre o tema, destaca-se na doutrina brasileira a obra de Luiz Regis Prado. Conforme o autor: "O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito" (*Bem Jurídico-Penal e Constituição*, p.52-53).

Nessa perspectiva de bem jurídico como conteúdo do crime, e tendo como função primordial do Direito Penal a sua proteção, verifica-se a importância do bem jurídico como elemento estruturante do próprio Direito Penal.

4.2. Bem jurídico-penal constitucional

Com a necessidade de se identificar qual bem jurídico merece tutela penal, surgem teorias que fixam a Constituição como parâmetro de legitimidade, uma vez que nesta estão os valores mais relevantes para uma determinada sociedade.

a) **teorias constitucionais amplas:** a Constituição é apenas um dos parâmetros legítimos para elaboração da lei penal. Nada impede ao legislador

penal proteger bens jurídicos não acolhidos pela Constituição, mas desde que não afronte seus princípios e valores.

b) **teorias constitucionais restritas:** os bens jurídico-penais somente poderiam ser buscados na Constituição, pois devem expressar os bens mais relevantes para a sociedade.

No estudo de qual bem jurídico poderá obter a qualificação de bem jurídico-penal se destaca a análise do *princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos* e, assim, dos *princípios do pluralismo e da subcultura*, dos *princípios da liberdade e da tolerância* e da *não proteção de valores morais* (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, 2002). Sobressai ainda o argumento da existência de uma **zona livre de direito** (área neutra de valoração, em que um determinado fato não pode ser considerado permitido nem proibido), na qual o Estado deve se abster de qualquer ingerência. *Exemplos*: não punição do incesto e adultério.

A propósito, os principais princípios penais estão intrinsecamente relacionados com o bem jurídico. Como veremos mais adiante, pelo princípio da fragmentariedade o Direito Penal somente deve proibir as condutas que causem lesões expressivas aos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Do princípio da subsidiariedade decorre que o Direito Penal deve ser necessário para proteção do bem jurídico, e somente terá legitimidade se for o último meio de controle social. Pelo princípio da ofensividade, apenas as condutas que causam lesão (lesão efetiva ou lesão potencial) a bem jurídico, relevante e de terceiro, podem estar sujeitas ao Direito Penal.

Com efeito, sendo o espaço normativo do qual o legislador extrairá os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, ou sendo o parâmetro do qual o bem jurídico deverá se conformar, a Constituição acaba desempenhando as funções de fundamentar e limitar o Poder Punitivo.

Verifica-se, assim, a função da Constituição (pode-se dizer também dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos) como filtro ou instrumento de purificação do Direito Penal. Essa *filtragem constitucional* significa que não só o Direito Penal, mas todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, de sorte que as leis penais vigentes necessitam passar por uma filtragem para verificação de sua *validade*. Em síntese, não basta que uma lei tenha *vigência*, deve ainda possuir *validade* (conteúdo/aspecto material).

5. GARANTISMO PENAL

É comum atrelar-se a expressão "garantismo" ao Direito Penal, sobretudo em países latino-americanos, já que tradicionalmente vinculada às garantias penais. Contribui para esse raciocínio o subtítulo da mais conhecida obra do autor italiano Luigi Ferrajoli no Brasil: *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. No entanto, essa posição é justificada pela leitura simplificada e reducionista do trabalho de Ferrajoli, no qual o autor constrói, analiticamente, os fundamentos filosóficos de

seu pensamento e coloca, exclusivamente, no final da primeira parte do livro, o exemplo privilegiado do Direito Penal.

Luigi Ferrajoli, na verdade, dá à expressão garantismo três significados diversos, conexos entre si, os quais podem ser estendidos a todos os campos do ordenamento jurídico (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 785/789).

De acordo com o **primeiro significado**, "garantismo" designa um modelo normativo de direito, uma vez que considera estado de direito garantista somente aquele Estado de Direito dotado de uma constituição rígida. Ademais, ao lado de seu aspecto puramente formal, exige-se o caráter material do princípio da legalidade, pelo qual se configuram limites e vínculos ao poder.

Conforme o autor, o termo "Estado de Direito" designa não simplesmente um "Estado legal" ou "regulado pelas leis", mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público está subordinado às leis gerais e abstratas que disciplinam suas formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte de juízes independentes; b) no plano substancial, por meio da incorporação de deveres públicos na Constituição, ou seja, de vedação legal quanto à lesão aos direitos de liberdade e de obrigação de satisfação quanto aos direitos sociais.

Em um **segundo significado**, "garantismo" designa uma teoria jurídica que coloca validade e efetividade como classes distintas entre si, bem como diversas da existência (vigência) das normas. Neste enquadramento, a palavra "garantismo" exprime uma elucubração teórica que mantém separados o "ser" e o "dever ser" no direito, diferenciando o modelo normativo (materialmente garantista) da prática operativa (virtualmente antigarantista) e atuando como fator legitimador/deslegitimador que limita e vincula o poder.

Para Ferrajoli, uma teoria garantista do direito - não somente o penal - parte da distinção do vigor das normas, tanto de sua validade quanto de sua efetividade, a qual é essencial para compreender a estrutura normativa do Estado de Direito, caracterizada: a) por pertencerem, as normas vigentes, a níveis diversos e hierarquicamente ordenados, cada um se configurando como normativo em relação ao inferior, e como fático em relação ao superior; b) pela incorporação nas normas superiores de obrigações e vedações que disciplinam a produção das normas inferiores, e cuja obtemperação é condição de efetividade das primeiras e de validade das segundas; c) pelas antinomias produzidas pelas violações das normas superiores por parte das inferiores, e pelo simultâneo vigor de umas, ainda que não efetivas, e de outras, ainda que inválidas; d) pela consequente ilegitimidade jurídica que, em qualquer medida, investe sempre os poderes normativos, legislativo e judiciário, e que é tanto maior quanto mais ampla mas não efetiva é a incorporação limitativa dos deveres nos níveis mais altos do ordenamento.

No **terceiro significado**, "garantismo" designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Em outras palavras: trata-se de uma filosofia política laica que pressupõe a separação entre direito e moral, ou seja, uma justificação entre validade e justiça.

O mestre italiano refere que, neste sentido filosófico-político, o "garantismo" consiste, de um lado, na negação de um valor intrínseco do direito somente porque vigente, e do poder somente porque efetivo, e no primado axiológico relativamente a eles do ponto de vista ético-político ou externo, virtualmente orientado à sua crítica e transformação; por outro lado, consiste na concessão utilitarista e instrumental do Estado, dirigido apenas à satisfação das expectativas ou direitos fundamentais.

Na teoria de Ferrajoli sobressai-se o conhecido sistema garantista 'SG' (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 91), com seus dez axiomas:

1) ***Nulla poena sine crimine:*** princípio da retributividade, i.e., a pena é uma consequência do delito.
2) ***Nullum crimen sine lege:*** princípio da legalidade em sentido lato ou em sentido estrito.
3) ***Nulla lex (poenalis) sine necessidade:*** princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal. A lei penal deve ser o meio necessário para a proteção dos bens jurídicos considerados relevantes.
4) ***Nulla necessitas sine injuria:*** princípio da lesividade ou da ofensividade do evento. Os tipos penais devem descrever condutas que possuam aptidão para ofender bens jurídicos de terceiros, de sorte que não se poderá punir: condutas que não excedam o âmbito do próprio autor; meros estados existenciais; condutas desviadas e condutas que não exponham sequer a perigo os bens jurídicos.
5) ***Nulla injuria sine actione***: princípio da materialidade ou da exterioridade da ação. Para que uma conduta seja proibida deve ser manifestada por meio de uma ação ou uma omissão proibida em lei.
6) ***Nulla actio sine culpa:*** princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal.
7) ***Nulla culpa sine judicio:*** princípio da jurisdicionariedade.
8) ***Nullum judicium sine accusatione:*** princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação.
9) ***Nulla accusatio sine probatione:*** princípio do ônus da prova ou da verificação.
10) ***Nulla probatio sine defensione:*** princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SC - 2014 - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Em 'Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal', Luigi Ferrajoli observa que é possível distinguir três significados diversos para a palavra 'garantismo'. Em primeiro lugar, designa um modelo normativo de direito. Em um segundo significado, designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si mas, também pela existência ou vigor das normas. Segundo um terceiro significado, designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade".

(FCC - 2009 - DPE-SP - Defensor Público) Foram consideradas *corretas* as seguintes alternativas: "O recurso à pena no Direito Penal garantista está condicionado ao princípio da máxima intervenção, máximas garantias; Cabe ao Direito Penal limitar a violência da intervenção punitiva do Estado".

(TRF2 - 2007 - Juiz Federal) *Questão discursiva*: "Em que consiste o princípio: 'nulla necessitas sine injuria', e qual a sua repercussão no direito penal?"

6. CIÊNCIAS CRIMINAIS (NOÇÃO CONJUNTA DO DIREITO PENAL)

O Direito Penal deve ser estudado como um dos setores das **ciências criminais**. As três ciências são: 1) criminologia; 2) política criminal; 3) dogmática penal.

6.1. Criminologia

Segundo Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, trata-se de "uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime - contemplando este como problema individual e como problema social -, assim como os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito" (*Criminologia*, p. 28).

DEFINIÇÃO DE VÍTIMA

O CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público sugere que constitua público-alvo a ser amparado e protegido pelo Ministério Público, no âmbito criminal e infracional, as vítimas diretas, indiretas e familiares das vítimas, assim elencados:

- *Vítima Direta:* aquela que sofreu lesão direta causada pela ação ou omissão do agente;
- *Vítima Indireta:* parentes de pessoa cuja morte ou desaparecimento tenha sido diretamente causada por um delito ou ato infracional e que tenham sofrido dano em consequência da morte e desaparecimento dessa pessoa;
- *Familiares da vítima e pessoas economicamente dependentes da vítima.*

Fonte: CNMP.

VITIMOLOGIA CORPORATIVA

A análise do comportamento corporativo socialmente danoso e o conflito vitimal no ambiente corporativo começou a ser objeto de atenção por alguns estudiosos e pesquisadores no Brasil. Conforme ressalta Eduardo Saad-Diniz, "a vitimologia corporativa permite analisar a convergência entre os fundamentos da vitimologia e os novos desenvolvimentos da criminologia corporativa. Esta convergência recorre à revisão do movimento das ideias vitimológicas, com o objetivo de identificar evidências sobre quem e em que medida sofre com os processos de vitimização, visando a informar novas perspectivas sobre o potencial da construção do conflito vitimal na formulação de estratégias de redução da vitimização" (SAAD-DINIZ, *Vitimologia Corporativa*, p. 15). Não tardará para que a temática passe a ser exigida em concursos com maior rigor científico.

6.2. Política criminal

Basicamente consiste na definição de estratégias de controle social na busca da proteção do bem jurídico. Para a tutela de bens jurídicos o Estado pode se valer de estratégias penais e extrapenais. Somente se justifica a tutela penal na hipótese de ser um meio eficaz de proteção do bem jurídico. Assim, a política criminal, com base em considerações de outros ramos, tais como a criminologia, a filosofia e a sociologia, visa à análise crítica da legislação penal e à propositura das devidas alterações.

6.3. Dogmática penal

Visando a interpretar e aplicar o Direito Penal, busca a dogmática penal elaborar um sistema de modo lógico e racional, mas aliada à política criminal. Nos dias atuais, fala-se de uma dogmática aberta, de sorte que a ciência penal não pode ser reduzida a um sistema fechado, pois deve procurar certos fins valiosos (GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional*, p.48).

Em síntese, segundo Roxin, "transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo, em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto" (ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, p.82).

7. MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL

7.1. Abolicionismo penal (política criminal verde)

Essa concepção defende a extinção do sistema penal, já que seus efeitos são mais funestos que benéficos. Destaca-se nessa linha o professor holandês Louk Hulsman, que sustenta a resolução dos conflitos sociais por meios alternativos, como a reparação e a conciliação. Existem correntes abolicionistas mais amenas, como no caso de Thomas Mathiesen, que defende apenas a extinção da pena de

prisão e não do sistema penal, bem como Nils Christie, que defende a extinção de qualquer espécie de pena capaz de infringir dor ou sofrimento pessoal.

7.2. Abolicionismo moderado ou minimalismo penal

O Direito Penal deve ter uma intervenção mínima. Não admite a extinção do Direito Penal, por ser uma forma de reação social legítima. O Direito Penal possui a função de proteção de bens jurídicos relevantes e de forma subsidiária. Nessa linha destacam-se: Luigi Ferrajoli, Zaffaroni, Alessandro Baratta, Roxin e outros.

A pena é vista como um mal necessário, por isso busca-se a redução ao mínimo da solução dos conflitos sociais por meio do Direito Penal. Uma das características é a aplicação de sanções alternativas ou substitutivas à pena de prisão, tais como: reparação do dano; penas restritivas de direitos; transação penal; suspensão condicional do processo (*sursis* processual).

Em um sentido de evitar a pena de prisão devem ser lembradas as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio).

7.3. Direito Penal máximo (eficientismo penal)

Defende a utilização do Direito Penal como instrumento eficaz para o combate da violência. Busca a máxima efetividade do controle social com a utilização do Direito Penal. Trata-se de um modelo antigarantista.

Capítulo II

Princípios penais e político-criminais

1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

1.1. Previsão

Em nosso ordenamento jurídico, encontra-se previsto no art. 5º, XXXIX, da CF/88 (*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*), no art. 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no art. 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como no art. 1º do Código Penal.

1.2. Origem

A doutrina costuma citar sua origem na *Magna Charta Libertatum de João Sem Terra* (Inglaterra, 1215). Posteriormente arraigou-se na doutrina do contrato social (Locke, 1690; Montesquieu, 1748), bem como passou a constar na Constituição de vários Estados Americanos (Ex.: Virgínia, 1776), na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1787) e de vários instrumentos de proteção dos direitos humanos (Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948; Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966; Pacto de São José da Costa Rica e nas Constituições de países democráticos).

O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui efetiva **limitação ao poder punitivo estatal.**

1.3. Denominação e alcance

O princípio da legalidade também é chamado de legalidade estrita, reserva legal ou intervenção legalizada. Para a definição de **crime** e cominação de **pena** é necessária uma lei (aprovada pelo Congresso Nacional).

Observações:

- Onde consta **crime**, leia-se **infração penal** (que é gênero de duas espécies: crime e contravenção penal). Onde consta **pena**, deve ser entendida como **sanção penal** (que também é gênero de duas espécies: pena e medida

de segurança). Entretanto, existe posição minoritária no sentido de que as medidas de segurança não se sujeitam ao princípio da legalidade, uma vez que não possuem natureza punitiva e sim curativa.

- Como vimos, em certos tipos penais o próprio legislador utiliza uma cláusula genérica logo depois de uma fórmula casuística (ex.: art. 121, § 2º, I), de sorte que a genérica deve ser interpretada e compreendida segundo os casos análogos descritos na específica, o que se denomina de **interpretação analógica**. Essa técnica de elaboração legislativa não viola o princípio da legalidade.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUMARC – 2018 – PC-MG – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O princípio da legalidade, do qual decorre a reserva legal, veda o uso dos costumes e da analogia para criar tipos penais incriminadores ou agravar as infrações existentes, embora permita a interpretação analógica da norma penal".

(CONSULPLAN – 2018 – TJ-MG – Juiz de Direito) Foi considerada correta a seguinte alternativa: "Sobre o princípio da legalidade, tem como destinatários tanto o Juiz quanto o legislador e, no processo judicial, incide não apenas na fase de conhecimento, como também na fase de execução das penas".

(FCC – 2011 – TCE-SP – Procurador do Ministério Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O princípio constitucional da legalidade em matéria penal não atinge as medidas de segurança".

Parte da doutrina faz a correta observação acerca da distinção entre "princípio da legalidade" e "princípio da reserva legal". Legalidade abrange várias espécies normativas, como leis ordinárias, complementares, delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Seria, neste sentido amplo, o princípio consagrado no art. 5º, II, da Constituição Federal (princípio da legalidade em sentido amplo). Por sua vez, o princípio da reserva legal (legalidade estrita) possui um sentido restrito, já que abrange apenas lei ordinária ou complementar aprovada pelo Congresso Nacional.

Outros autores, sob distinto enfoque, denominam princípio da legalidade como gênero, do qual decorrem duas espécies: o princípio da reserva legal (legalidade estrita) e o princípio da anterioridade. Apesar destas explicações, nos concursos públicos geralmente se consideram como expressões sinônimas "princípio da legalidade" e "princípio da reserva legal".

No Brasil, em matéria penal, a competência legislativa é privativa da União (CF, art. 22, I). Deve ser observado, todavia, o parágrafo único do art. 22.

Por sua vez, **é vedada a edição de medidas provisórias** sobre matéria relativa a Direito Penal (CF, art. 62, § 1º, I, *b*). Entretanto, é razoável o entendimento no sentido de que o texto constitucional deve ser interpretado restritivamente, de sorte que a proibição só alcançaria as leis penais incriminadoras e não as leis penais não incriminadoras.

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2019 – PRF – Policial Rodoviário Federal) Foi considerada incorreta a seguinte alternativa: "O presidente da República, em caso de extrema relevância e urgência, pode editar medida provisória para agravar a pena de determinado crime, desde que a aplicação da pena agravada ocorra somente após a aprovação da medida pelo Congresso Nacional".

(MP-MS – 2018 – Promotor de Justiça) Foi considerada incorreta a seguinte alternativa: "Somente nas hipóteses de leis excepcionais, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, as medidas provisórias podem regular matéria penal".

(CONSULPLAN – 2018 – TJ-MG – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: ""Sobre o princípio da legalidade, tem âmbito de aplicação mais abrangente do que indica o teor literal da fórmula em latim 'Nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimen sine poena legal', pois abrange crimes e contravenções penais, além de penas e medidas de segurança".

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "As medidas provisórias podem regular matéria penal nas hipóteses de leis temporárias ou excepcionais".

(CESPE – 2009 – PGE-PE – Procurador do Estado) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Fere o princípio da legalidade, também conhecido por princípio da reserva legal, a criação de crimes e penas por meio de medida provisória".

Não se pode, também, veicular matéria penal por **lei delegada**, em virtude da restrição imposta no art. 68, § 1º, II (direitos individuais), da Constituição Federal.

1.4. Funções

O princípio da legalidade possui algumas ***funções fundamentais:***

1ª) **Lei estrita:** a competência para criar crimes e cominar penas é do Poder Legislativo (CF, art. 22, I), por meio de lei, de sorte que essa tarefa é proibida aos Poderes Executivo e Judiciário, bem como **é proibida a analogia contra o réu, ou seja, a analogia *in malam partem*** (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Obs.: é possível a analogia *in bonam partem*.

2ª) **Lei escrita:** os costumes não têm a força de criar crimes e cominar sanções penais, uma vez que a lei deve ser escrita, ou seja, **é proibido o costume incriminador** (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).

3ª) **Lei certa (princípio da taxatividade ou do mandado de certeza):** os tipos penais devem ser de fácil entendimento pelo cidadão, justamente para que possa se orientar daquilo que é certo ou errado. Desse modo, decorre a **proibição da criação de tipos penais vagos e indeterminados.** A lei penal deve ser precisa e determinada. Nesse enfoque, tem-se o *princípio da taxatividade* (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).

4ª) **Lei prévia (princípio da anterioridade penal): proibição da aplicação da lei penal incriminadora a fatos – não considerados crimes – praticados antes de sua vigência.** Trata-se do *princípio da anterioridade* (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).

LEI ESTRITA	é proibida a analogia contra o réu *(nullum crimen, nulla poena sine lege stricta)*
LEI ESCRITA	é proibido o costume incriminador *(nullum crimen, nulla poena sine lege scripta)*
LEI CERTA	é proibida a criação de tipos penais vagos e indeterminados *(nullum crimen, nulla poena sine lege certa)*
LEI PRÉVIA	é proibida a aplicação da lei penal incriminadora a fatos - não considerados crimes - praticados antes de sua vigência *(nullum crimen, nulla poena sine lege praevia)*

Por fim, impende frisar que não basta a simples legalidade sob o aspecto formal, ou seja, tipo penal criado por lei emanada do Poder Legislativo em observância ao devido procedimento legislativo. Deve haver a conformidade da lei penal com o quadro valorativo acolhido pela Constituição Federal e pelos Tratados de Direitos Humanos, de modo a amparar a sua *validade* sob o aspecto material.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2019 - TJ-BA - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O princípio da taxatividade, ou do mandado de certeza, preconiza que a lei penal seja concreta e determinada em seu conteúdo, sendo vedados os tipos penais abertos".

(CONSULPLAN - 2018 - TJ-MG - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Sobre o princípio da legalidade, tem como consectários a proibição de analogia em Direito Penal, de irretroatividade da lei penal gravosa, de utilização dos costumes para fundamentar ou agravar a pena e de criação de leis penais indeterminadas ou imprecisas".

(CONSULPLAN - 2018 - TJ-MG - Juiz de Direito) "Sobre o princípio da legalidade, assinale a alternativa INCORRETA. a) É considerado por setor da doutrina como restrição deontológica de segundo grau, que não admite exceções. b) Tem como destinatários tanto o Juiz quanto o legislador e, no processo judicial, incide não apenas na fase de conhecimento, como também na fase de execução das penas. c) Tem como consectários a proibição de analogia em Direito Penal, de irretroatividade da lei penal gravosa, de utilização dos costumes para fundamentar ou agravar a pena e de criação de leis penais indeterminadas ou imprecisas. d) Tem âmbito de aplicação mais abrangente do que indica o teor literal da fórmula em latim "Nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimen sine poena legali", pois abrange crimes e contravenções penais, além de penas e medidas de segurança".

Gabarito: C

(FCC - 2015 - DPE-MA - Defensor Público) "Para o Direito Penal no Estado Social e Democrático de Direito, modelo de atuação do poder previsto na Constituição Federal, é correto afirmar que: a) o poder do Estado é ilimitado e os direitos fundamentais têm

concretização discricionária; b) o poder do Estado é limitado pelo princípio da legalidade e, aos cidadãos, está assegurada a plena garantia e juridicidade dos direitos fundamentais; c) o poder do Estado é limitado pela legalidade formal, mas não exerce a posição de garante dos direitos fundamentais muito embora haja sua juridicidade; d) o poder do Estado é ilimitado e os direitos fundamentais têm natureza cogente; e) o poder do Estado é limitado pelo princípio da legalidade e os direitos fundamentais têm efetividade condicionada".

Gabarito: B.

(PC-RJ – 2009 – Delegado de Polícia): "Ensina JORGE DE FIGUEIREDO DIAS que 'o princípio do Estado de Direito conduz a que a proteção dos direitos, liberdade e garantias seja levada a cabo não apenas através do Direito Penal, mas também perante o Direito Penal' (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral*. tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 165). Assim, analise as proposições abaixo e, em seguida, assinale a opção *correta*. I- O conteúdo essencial do princípio da legalidade se traduz em que não pode haver crime, nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa. II- O princípio da legalidade estrita não cobre, segundo a sua função e o seu sentido, toda a matéria penal, mas apenas a que se traduz em fixar, fundamentar ou agravar a responsabilidade do agente. III – Face ao fundamento, à função e ao sentido do princípio da legalidade, a proibição de analogia vale relativamente a todos os tipos penais, inclusive os permissivos. IV- A proibição de retroatividade da lei penal funciona apenas a favor do réu, não contra ele. V – O princípio da aplicação da lei mais favorável vale mesmo relativamente ao que na doutrina se chama de "leis intermediárias"; leis, isto é, que entraram em vigor posteriormente à prática do fato, mas já não vigoravam ao tempo da apreciação deste".

Dos itens acima, **apenas o III está incorreto**, pois é possível a analogia de normas permissivas (ex.: legítima defesa, estado de necessidade), uma vez que seria em favor do réu.

▸ **HOMOFOBIA E O STF**

"O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão

de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea "d" somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, **fixou-se a seguinte tese**: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes" (STF, Plenário, ADO 26, j. 13/06/2019).

2. PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

O Direito Penal não deve tutelar todos os bens jurídicos, mas somente os mais relevantes para a sociedade (vida, liberdade, patrimônio, meio ambiente etc.), e, mesmo assim, somente em relação aos ataques mais intoleráveis. Como

ressalta Prado, o Direito Penal deve continuar a ser "um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente. Isto quer dizer que o Direito Penal só se refere a uma pequena parte do sancionado pelo ordenamento jurídico, sua tutela se apresenta de maneira fragmentada, dividida ou fracionada" (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 2007, p. 144).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MS – 2018 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O princípio da fragmentariedade relativiza o concurso entre causas de aumento e diminuição de penas".

(CESPE – 2017 – MP-RR – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No direito penal, o princípio da fragmentariedade informa que o direito penal é autônomo e cuida das condutas tidas por ilícitas penalmente, sendo aplicável a lei penal independentemente da solução do problema por outros ramos do direito".

(FCC – 2015 – TJ-SC – Juiz de Direito) "A afirmação de que o Direito Penal não constitui um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, de sorte a abranger todos os bens que constituem o universo de bens do indivíduo, mas representa um sistema descontínuo de seleção de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los ante a indispensabilidade da proteção jurídico-penal, amolda-se, mais exatamente: a) ao conceito estrito de reserva legal aplicado ao significado de taxatividade da descrição dos modelos incriminadores; b) à descrição do princípio da fragmentariedade do Direito Penal que é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal; c) à descrição do princípio da culpabilidade como fenômeno social; d) ao conteúdo jurídico do princípio de humanidade relacionado ao conceito de Justiça distributiva; e) à descrição do princípio da insignificância em sua relativização na busca de mínima proporcionalidade entre gravidade da conduta e cominação de sanção".

Gabarito: B.

(FCC – 2009 – MP-CE – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Em decorrência de garantias formalizadas ou não na Constituição Federal, o Direito Penal constitui instrumento de controle social regido pela característica da fragmentariedade".

3. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

O Direito Penal é uma das formas de controle social, assim como o Direito Civil e o Direito Administrativo. Entretanto, a sanção penal é considerada a mais grave das sanções, justamente por permitir a privação da própria liberdade. Por isso, o Direito Penal deve atuar de forma subsidiária **(Direito Penal de *ultima ratio*)**, isto é, somente quando insuficientes as outras formas de controle social.

Assim, o Direito Penal deve ser um **meio necessário de proteção do bem jurídico**. A tutela penal deixa de ser necessária quando existir, de forma eficaz, outros meios de controle social (formais ou informais) menos lesivos aos direitos individuais. O Direito Penal não deve buscar a maior prevenção possível, mas o mínimo de prevenção indispensável.

O princípio da subsidiariedade tem a função de orientar o legislador no processo de criação da lei penal, bem como é dirigido ao julgador no momento da interpretação e aplicação da lei penal. Exemplo em que o princípio foi utilizado para

afastar a tipicidade: "'Segundo jurisprudência deste Tribunal Superior, a desobediência de ordem de parada dada pela autoridade de trânsito ou por seus agentes, ou mesmo por policiais ou outros agentes públicos no exercício de atividades relacionadas ao trânsito, não constitui crime de desobediência, pois há previsão de sanção administrativa específica no art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro, o qual não estabelece a possibilidade de cumulação de sanção penal. Assim, em razão dos princípios da subsidiariedade do Direito Penal e da intervenção mínima, inviável a responsabilização da conduta na esfera criminal' (HC 369.082/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017) 2. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp 1803424, 5ª T., j. 06/06/2019).

Obs.: não deve ser confundida a ordem de parada referente às **atividades relacionadas ao trânsito** (situação do exemplo acima), com a ordem de parada emanada pelos policiais militares no **exercício de atividade ostensiva, destinada à prevenção e à repressão de crimes**, situação em que **a desobediência configura crime** (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1799594, j. 25/06/2019). No mesmo sentido: STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 1657226, j. 30/06/2020.

▸ **INTERVENÇÃO MÍNIMA**

Parte da doutrina trata os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade como expressões do **princípio da intervenção mínima.** Por outro lado, alguns autores tratam o princípio da intervenção mínima como sinônimo de princípio da subsidiariedade, não abrangendo a fragmentariedade como sua expressão.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2019 - TJ-BA - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O princípio da subsidiariedade determina que o direito penal somente tutele uma pequena fração dos bens jurídicos protegidos, operando nas hipóteses em que se verificar lesão ou ameaça de lesão mais intensa aos bens de maior relevância".

(FUNDEP - 2018 - MP-MG - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O princípio da intervenção mínima do Direito Penal encontra fundamento no caráter de sua subsidiariedade e no princípio da intranscendência".

(FCC - 2017 - DPE-PR - Defensor Público) O princípio da intervenção mínima no Direito Penal encontra reflexo:

a) no princípio da fragmentariedade e na teoria da imputação objetiva.

b) no princípio da subsidiariedade e na teoria da imputação objetiva.

c) nos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade.

d) no princípio da fragmentariedade e na proposta funcionalista sistêmica.

e) na teoria da imputação objetiva e na proposta funcionalista sistêmica.

Gabarito: C.

(FAPEMS - 2017 - PC-MS - Delegado de Polícia) No que diz respeito aos princípios aplicáveis ao Direito Penal, analise os textos a seguir. *A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico.* (ROXIN, Claus. Derecho penal - parte geral. Madrid: Civitas, 1997.1.1, p. 65). *A criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio*

necessário para a proteção de ataques contra bens jurídicos importantes. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratada de direito penal: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54). Nesse sentido, é correto afirmar que os textos se referem ao:

a) princípio da intervenção mínima, imputando ao Direito Penal somente fatos que escapem aos meios extrapenais de controle social, em virtude da gravidade da agressão e da importância do bem jurídico para a convivência social.

b) princípio da insignificância, que reserva ao Direito Penal a aplicação de pena somente aos crimes que produzirem ataques graves a bem jurídicos protegidos por esse Direito, sendo que agir de forma diferente causa afronta à tipicidade material.

c) princípio da adequação social em que as condutas previstas como ilícitas não necessariamente revelam-se como relevantes para sofrerem a intervenção do Estado, em particular quando se tornarem socialmente permitidas ou toleradas.

d) princípio da ofensividade, pois somente se justifica a intervenção do Estado para reprimir a infração com aplicação de pena, quando houver dano ou perigo concreto de dano a determinado interesse socialmente relevante e protegido pelo ordenamento jurídico.

e) princípio da proporcionalidade, em que somente se reserva a intervenção do Estado, quando for estritamente necessária a aplicação de pena em quantidade e qualidade proporcionais à gravidade do dano produzido e a necessária prevenção futura.

Gabarito: A.

(CESPE – 2016 – TCE-PR – Auditor) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Conforme o entendimento doutrinário dominante relativamente ao princípio da intervenção mínima, o direito penal somente deve ser aplicado quando as demais esferas de controle não se revelarem eficazes para garantir a paz social. Decorrem de tal princípio a fragmentariedade e o caráter subsidiário do direito penal".

4. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE (*NULLUM CRIMEN SINE INIURIA*)

Tem como fundamento o clássico princípio *neminem laedere* (a ninguém prejudicar, ofender, lesionar) e parte da premissa de que não há crime sem ofensa a bem jurídico (*nullum crimen sine injuria*). Apenas as condutas que causem lesão a bem jurídico podem se sujeitar ao Direito Penal.

Palazzo aduz que, pelo princípio da ofensividade, o fato "não pode constituir ilícito se não for ofensivo (lesivo ou simplesmente perigoso) do bem jurídico tutelado" (PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 79). Ao aplicar-se o princípio da ofensividade, opera-se uma das funções do bem jurídico, consistente em limitar o exercício do direito de punir estatal (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54).

O Estado sofre limitação em decorrência da livre manifestação do pensamento, da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, da proibição de qualquer privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, garantidas

pela Constituição da República. Por consequência destas limitações, o Estado não pode estabelecer ao cidadão um padrão de moral, mas sim se vincula ao dever de garantir um âmbito de liberdade moral, de modo que lhe é proibido punir ações que exprimam o exercício dessa liberdade, não se legitimando a intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como afetação de um bem jurídico alheio (ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *Direito penal brasileiro*, vol. I, Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 225).

O princípio da ofensividade é dirigido ao legislador para que se atente na fase da elaboração da lei penal e também ao julgador no momento de interpretar e aplicar a lei penal.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MS – 2018 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O controle jurisdicional abstrato da norma incriminadora não pode ser feito com fundamento no princípio da lesividade".

(FUNCAB – 2016 – PC-PA – Delegado de Polícia Civil) "Expressiva parcela da doutrina sustenta a inadequação do crime de escrito ou objeto obsceno (art. 234 do CP) para com os princípios que instruem o direito penal democrático. Um dos focos dessa inadequação reside na indevida alocação do sentimento público de pudor como objeto da tutela jurídica. Isso representa, em tese, violação ao princípio da: a) intranscendência. b) culpabilidade. c) taxatividade. d) ofensividade. e) insignificância". **Gabarito: D.**

Nilo Batista (*Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 2004, p. 92-95) destaca quatro principais funções do princípio da ofensividade ou lesividade, a saber:

1) ***Proibição da incriminação de uma atitude interna, como as ideias, convicções, aspirações e desejos dos homens.*** Por esse fundamento, não se pune a cogitação nem os atos preparatórios do crime.

2) ***Proibição da incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor.*** Exemplo: não se pune a autolesão corporal e a tentativa de suicídio, bem como não se deveria punir o uso de drogas. Nesse enfoque, trata-se do chamado *princípio da alteridade*.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Depreende-se do princípio da lesividade que a autolesão, via de regra, não é punível".

(VUNESP – 2015 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O agente que pratica autolesão responderá pelo crime de lesões corporais com atenuação da pena de 1/3 a 2/3, a depender da natureza da lesão".

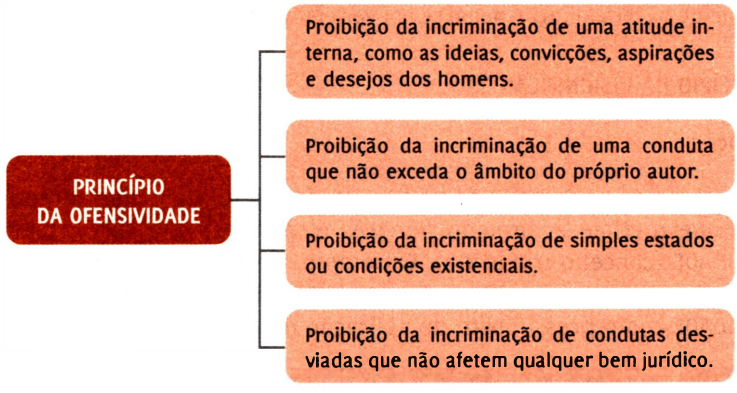
3) ***Proibição da incriminação de simples estados ou condições existenciais.*** A pessoa deve ser punida pela prática de uma conduta ofensiva a bem jurídico de terceiro e não pelo que ela é. Refuta-se, assim, a ideia de *Direito Penal de autor*. Assim, devem ser abolidas de nosso ordenamento infrações penais como a vadiagem (LCP, art. 59. *Entregar-se alguém habitualmente à*

ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de 15 dias a 3 meses). Pode-se facilmente observar que o agente desta contravenção penal não pratica nenhum fato lesivo a terceiro e mesmo assim é punido. O Estado autoritariamente e de modo preconceituoso o identifica como perigoso (seu modo de ser), tendo em vista que "pobre que não faz nada acabará praticando um crime". Então é punido de modo antecipado, por seu estado de perigoso. Ou seja, pune-se antes que pratique uma infração mais grave.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-DFT – 2005 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Como decorrência do princípio da ofensividade ou lesividade, não devem ser incriminados meros estados existenciais do indivíduo, inaptos a atingirem bens jurídicos alheios".

4) ***Proibição da incriminação de condutas desviadas que não causem dano ou perigo de dano a qualquer bem jurídico.*** O Direito Penal não deve tutelar a moral, mas sim os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade (*princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos*).



▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(PC-RJ – 2009 – Delegado de Polícia) Foram consideradas *corretas* as seguintes alternativas: "II – O princípio da lesividade (ou ofensividade) proíbe a incriminação de uma atitude interna; III – Por força do princípio da lesividade não se pode conceber a existência de qualquer crime sem ofensa ao bem jurídico protegido pela norma penal; IV – No Direito Penal democrático só se punem fatos. Ninguém pode ser punido pelo que é, mas apenas pelo que faz".

▸ **Importante:**

Parte da doutrina critica a criação de crimes de perigo abstrato sob a justificativa de haver violação do princípio da ofensividade. Sobre a temática, destaca-se a seguinte decisão do STF: "(...) Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem

jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional" (STF, 2ª T., HC 102087, j. 28/02/2012).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2019 - TJ-BA - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O princípio da ofensividade, segundo o qual não há crime sem lesão efetiva ou concreta ao bem jurídico tutelado, não permite que o ordenamento jurídico preveja crimes de perigo abstrato".

(CESPE - 2016 - TCE-PR - Auditor) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Ao se referir ao princípio da lesividade ou ofensividade, a doutrina majoritária aponta que somente haverá infração penal se houver efetiva lesão ao bem jurídico tutelado".

5. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

5.1. Noção

Como veremos na Parte III deste livro (teoria geral do crime), predomina na doutrina que o crime é formado por três elementos: FATO TÍPICO + ILICITUDE + CULPABILIDADE (conceito tripartido). Entretanto, pelo conceito bipartido, o crime se constitui por apenas dois elementos (FATO TÍPICO + ILICITUDE), figurando a CULPABILIDADE como pressuposto de aplicação da pena.

CRIME (conceito bipartido)			PRESSUPOSTO DE APLICAÇÃO DA PENA
Fato típico	**Ilicitude**		**Culpabilidade**
1. Conduta 2. Resultado 3. Nexo causal 4. Tipicidade - Tipicidade objetiva (tipicidade formal + tipicidade material) - Tipicidade subjetiva	Fato contrário ao ordenamento jurídico		1. Imputabilidade 2. Potencial consciência da ilicitude 3. Exigibilidade de conduta diversa

CRIME (conceito tripartido)		
Fato típico	**Ilicitude**	**Culpabilidade**
1. Conduta 2. Resultado 3. Nexo causal 4. Tipicidade - Tipicidade objetiva (tipicidade formal + tipicidade material) - Tipicidade subjetiva	Fato contrário ao ordenamento jurídico	1. Imputabilidade 2. Potencial consciência da ilicitude 3. Exigibilidade de conduta diversa

Independentemente dessa divergência sobre a culpabilidade (se é pressuposto de aplicação da pena ou elemento do crime), na análise do primeiro elemento do crime (fato típico) deve ser verificada a tipicidade formal (adequação do fato à lei penal incriminadora), a tipicidade material (análise do desvalor da conduta e da lesão causada ao bem jurídico protegido pela norma) e a tipicidade subjetiva (dolo e elementos subjetivos especiais). **Na tipicidade material incide o princípio da insignificância, afastando-a**. Isto quer dizer que exclui ou afasta a tipicidade em seu aspecto material, de sorte que inexiste o primeiro elemento do crime, e, por consequência, o próprio crime. Trata-se de uma "infração bagatelar" (ou "infração bagatelar própria").

Exemplo: o agente subtrai, para si, um pacote de bolachas (que custa dez reais, por exemplo) de um grande supermercado. O fato se amolda formalmente ao art. 155 do CP (tipicidade formal/legal). Entretanto, em razão da inexpressividade da lesão causada ao patrimônio da vítima e pelo mínimo desvalor da conduta, incide o princípio da insignificância, afastando a **tipicidade material**.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUMARC – 2018 – PC-MG – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O princípio da insignificância funciona como causa de exclusão da culpabilidade, sendo requisitos de sua aplicação para o STF a ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação e a inexpressividade da lesão jurídica".

(FCC – 2018 – DPE-RS – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O afastamento da tipicidade, quando verificada lesão penalmente irrelevante decorrente de conduta formalmente incriminada, dá-se por: princípio da insignificância".

(MP-RS – 2017 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Os princípios da adequação social e da insignificância, sugeridos pela doutrina, servem de instrumentos de interpretação restritiva do tipo penal, que afetam a tipicidade formal do fato".

(UFMT – 2016 – DPE-MT – Defensor Público) O princípio da insignificância ou da bagatela exclui a: a) punibilidade. b) executividade. c) tipicidade material. d) ilicitude formal. e) culpabilidade. **Gabarito: C.**

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Depreende-se da aplicação do princípio da insignificância a determinado caso que a conduta em questão é formal e materialmente atípica".

(FCC – 2015 – TJ-AL – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O chamado princípio da insignificância exclui a tipicidade formal da conduta".

▸ **EXCLUSÃO DA ILICITUDE?**

A doutrina clássica divide a antijuridicidade (ilicitude) em *antijuridicidade formal* (conduta humana que contraria a norma penal) e *antijuridicidade material* (conduta humana que causa lesão ao bem ou interesse tutelado pela norma). Essa distinção procede de Liszt. Como nos crimes de bagatela (nos quais incide o princípio da insignificância) a ofensa ao bem jurídico é inexpressiva, pode-se dizer, nesse sentido, que seria hipótese de exclusão da antijuridicidade material. Porém, esse conceito de antijuridicidade, segundo a doutrina moderna, passou a integrar o conceito de tipicidade material, daí se dizer que o princípio da insignificância a afasta. Então, deve-se ter cuidado em concursos, pois ainda pode ser cobrado o tema considerando o conceito clássico. Vejamos:

(FCC - 2010 - DPE-SP - Defensor Público) Nos denominados "crimes de bagatela", ocorre: (A) causa obrigatória de diminuição de pena. (B) exclusão da antijuridicidade material. (C) causa supralegal de exclusão da culpabilidade. (D) inexigibilidade de conduta diversa. (E) estado de necessidade. **Gabarito: B.**

Sob um enfoque hermenêutico, o princípio da insignificância pode ser visto como **instrumento de interpretação restritiva do tipo penal**, tendo em vista que restringe o âmbito de incidência da lei penal incriminadora e afasta a tipicidade material.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(TRF-4 - 2016 - Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A insignificância, enquanto princípio, se revela, conforme a visão de Roxin, importante instrumento que objetiva, ao fim e ao cabo, restringir a aplicação literal do tipo formal, exigindo-se, além da contrariedade normativa, a ocorrência efetiva de ofensa relevante ao bem jurídico tutelado".

(MP-MG - 2007 - Promotor de Justiça) "O princípio da insignificância atua como: a) instrumento de mensuração da ilicitude da conduta; b) interpretação restritiva do tipo penal; c) limitação da culpabilidade do agente; d) extinção da punibilidade; e) diminuição da pena". **Gabarito: B.**

Há decisões referindo que a insignificância é um **requisito negativo da tipicidade**:

- "A orientação firmada pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é no sentido de que a aferição da insignificância da conduta como **requisito negativo da tipicidade**, em crimes contra o patrimônio, envolve um juízo amplo, que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados (HC 123.533, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 18/2/2016)" (STF, 1ª T., RHC 122332, j. 17/03/2020).
- "A aferição da insignificância é requisito negativo da tipicidade conglobante, pois ultrapassa o juízo subsuntivo típico formal e adentra na seara da análise do desvalor da conduta e do resultado em sentido amplo" (STJ, 5ª T., RHC 59568, j. 13/10/2015).

BAGATELA IMPRÓPRIA

Na chamada **infração bagatelar imprópria** ocorre o injusto penal (fato típico e ilícito). Entretanto, verifica-se que no caso concreto a pena é desnecessária (incidência dos princípios da desnecessidade da pena com o princípio da irrelevância penal do fato). Ressalta Luiz Flávio Gomes: "O fundamento da desnecessidade da pena (leia-se: da sua dispensa) reside em múltiplos fatores: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc. Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. Lógico que todos esses fatores não precisam concorrer conjugadamente. Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (concomitantes e posteriores) assim como seu autor. O princípio da irrelevância penal do fato tem como pressuposto a não existência de uma infração bagatelar própria (porque nesse caso teria incidência o princípio da insignificância). Mas se o caso era de insignificância própria e o juiz não a reconheceu, nada impede que incida *a posteriori* o princípio da irrelevância penal do fato. Há, na infração bagatelar imprópria, um relevante desvalor da ação assim como do resultado. O fato praticado é, por isso, em princípio, penalmente punível. Instaura-se processo contra o agente. Mas tendo em vista todas as circunstâncias do fato (concomitantes e posteriores ao delito) assim como o seu autor, pode ser que a pena se torne desnecessária" (*Princípio da Insignificância e outras Excludentes de Tipicidade*, São Paulo: RT, 2009).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – TJ-BA – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O princípio da bagatela imprópria implica a atipicidade material de condutas causadoras de danos ou de perigos ínfimos".

(CESPE – 2015 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A infração bagatelar própria está ligada ao desvalor do resultado e(ou) da conduta e é causa de exclusão da tipicidade material do fato; já a imprópria exige o desvalor ínfimo da culpabilidade em concurso necessário com requisitos *post factum* que levam à desnecessidade da pena no caso concreto".

(TJ-MS – 2010 – Juiz de Direito) *Questão discursiva:* "Em que se fundamenta o princípio da bagatela imprópria. Explique e exemplifique".

5.2. Requisitos

O princípio da insignificância relaciona-se com o fato típico (análise do desvalor da conduta e do resultado). Consoante entendimento do STF, "o princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material" (STF, 2ª T., HC 84412). Ainda conforme o STF, **quatro são os vetores (requisitos objetivos) na aferição do relevo material da tipicidade penal:**

a) **mínima ofensividade da conduta do agente;**

b) **nenhuma periculosidade social da ação;**

c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;

d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

REINCIDÊNCIA:

De acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, a reincidência e a reiteração delitiva (requisito subjetivo), em regra, impedem a aplicação do princípio da insignificância. Apenas em casos excepcionais poderá incidir. Vejamos:

- "A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 221.999/RS (Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11/11/2015, DJe 10/12/2015), estabeleceu que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, a medida ser socialmente recomendável" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 601944, j. 20/10/2020).
- "(...) constatada a habitualidade delitiva pela recorrência do Agente em delitos patrimoniais, revela-se impossível a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, por incidir na hipótese o entendimento de que 'a reincidência e a habitualidade delitiva têm sido compreendidas como obstáculo inicial à tese da insignificância, ressalvada excepcional peculiaridade do caso penal'" (STJ, 6ª T., HC 580721, j. 23/06/2020).
- "O Plenário do STF, no julgamento do HC 123.734, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, decidiu que: "(i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade" (STF, 1ª T., HC 142083, j. 02/10/2018). No mesmo sentido: STF, 2ª T., HC 181389 AgR, j. 14/04/2020.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2017 - PJC-MT - Delegado de Polícia) De acordo com o entendimento do STF, a aplicação do princípio da insignificância pressupõe a constatação de certos vetores para se caracterizar a atipicidade material do delito. Tais vetores incluem o(a):

a) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento.

b) desvalor relevante da conduta e do resultado.

c) mínima periculosidade social da ação.

d) relevante ofensividade da conduta do agente.

e) expressiva lesão jurídica provocada.

Gabarito: A.

(CESPE - 2017 - MP-RR - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No direito penal, o princípio da insignificância, segundo o entendimento do STF, pressupõe apenas três requisitos para a sua configuração: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social e reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento".

5.2.1. Teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos

Em caso de reiteração delitiva, deve-se distinguir *reiteração cumulativa* de *reiteração não cumulativa*. Na **reiteração cumulativa**, várias condutas somadas produzem lesão relevante ao bem jurídico. Exemplos: um empresário sonega todo mês inexpressivo valor, mas ao longo de dois anos a lesão se torna expressiva; empregado subtrai, para si, todo dia, R$ 5,00 do caixa da empresa. Na **reiteração não cumulativa** ocorrem várias condutas insignificantes, de forma não cumulativa e contra vítimas distintas. Exemplo: empresário sonegou valor inexpressivo em um mês e no outro mês subtraiu uma caneta de R$ 5,00 de uma papelaria. No primeiro caso (**reiteração cumulativa de condutas do mesmo gênero**), afasta-se a aplicação do princípio da insignificância. Na segunda situação (**reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos**), abre-se a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância.

A propósito: "1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado "princípio da insignificância" e, assim, afastar a recriminação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social. 2. Nesse sentido, a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de tipicidade conglobante, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que "a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa" (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal. 3. Trata-se de furto de um engradado que continha vinte e três garrafas vazias de cerveja e seis cascos de refrigerante, também vazios, bens que foram avaliados em R$ 16,00 e restituídos à vítima. Consideradas tais circunstâncias, é inegável a presença dos vetores que autorizam a incidência do princípio da insignificância. 4. À luz da **teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos**, a contumácia de infrações penais que não têm o patrimônio como bem jurídico tutelado pela norma penal não pode ser valorada, porque ausente a séria lesão à propriedade alheia (socialmente considerada), como fator impeditivo do princípio da insignificância. 5. Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau, na parte em que reconheceu a aplicação do princípio da insignificância e absolveu o paciente pelo delito de furto" (STF, 2ª T., HC 114723, j. 26/08/2014).

Esse mesmo critério (**teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos**) foi utilizado para permitir a substituição da pena de detenção por restritiva de direito em casos de maus antecedentes. Conforme

constou no voto, as instâncias ordinárias haviam indeferido a substituição da pena de detenção por penas restritivas de direitos em razão dos maus antecedentes. Socorrendo-se do **critério da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos**, foi permitida a substituição. Vejamos: "À luz da teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos, a contumácia de infrações penais que não têm o patrimônio como bem jurídico tutelado pela norma penal não pode ser valorada, porque ausente a séria lesão à propriedade alheia (socialmente considerada), como fator impeditivo do princípio da insignificância" (STF, 2ª T., HC 114723, j. 26/08/2014). Na mesma esteira: "(...) 3. Ainda que as instâncias originárias tenham indeferido a substituição da pena de detenção por restritiva de direitos em razão dos maus antecedentes, verifico nos autos (e-STJ fl. 437) que o crime anteriormente praticado pelo agravante foi o disposto no art. 129, § 9º, do CP, o que, ao meu ver, e de acordo com a teoria da reiteração não cumulativa de conduta de gêneros distintos, não impede a substituição da pena de detenção por restritivas de direito" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1503212, j. 10/09/2019).

5.3 Princípio da insignificância no STF e no STJ

- **Furto praticado por policial em horário de serviço:** não incidiu. "Hipótese em que, embora a coisa subtraída seja supostamente de valor ínfimo, mostra-se inviável a aplicação do referido princípio ante a elevada reprovabilidade da conduta do militar que, no exercício de atividade policial, apropria-se de um celular pertencente à vítima de acidente de trânsito" (STJ, 5ª T., HC 174.808, j. 14/10/2014); "Inaplicabilidade do princípio da insignificância, quando a denúncia imputa ao servidor militar a prática de delito patrimonial cometido dentro de estabelecimento militar, pela presença da ofensividade e da reprovabilidade do comportamento do Paciente. Precedentes. 3. Ordem denegada" (STJ, 2ª T., HC 120812, j. 11/03/2014); "Conquanto possa se afirmar haver a inexpressividade da lesão jurídica provocada - por ser considerada ínfima a quantia alegada pela impetrante R$ 0,40 (quarenta centavos de Real) - verifica-se na hipótese alto grau de reprovabilidade da conduta do paciente, policial militar, fardado, que, no seu horário de serviço, subtraiu uma caixa de chocolates, colocando-a dentro de seu colete a prova de balas" (STJ, 5ª T., HC 192242, j. 22/03/2011). Porém, em sentido contrário, o STF reconheceu o princípio (HC 108373, j. 06/12/2011).

- **Furto em penitenciária:** não incidiu. "Não obstante o ínfimo valor do bem que se tentou subtrair, o alto grau de reprovação da conduta não permite a aplicação do princípio da insignificância, pois perpetrada dentro da penitenciária em que o agente cumpria pena por crime anterior, o que demonstra seu total desrespeito à atuação estatal" (STJ, 5ª T., HC 163435, j. 28/9/2010).

- **Furto em estabelecimento militar praticado por civis:** incidiu (STF, 2ª T., RHC 97816, j. 12/04/2011 - Informativo 623).

- **Furto qualificado:** em regra não incide (a exceção está em situações excepcionais). Vejamos: "A jurisprudência reconhece a maior gravidade do furto qualificado, impedindo a aplicação do princípio da insignificância nos casos em que o furto é praticado mediante escalada, concurso de pessoas, arrombamento ou rompimento de obstáculo" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 447973, j. 13/10/2020); "(...) 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a aplicação do princípio da insignificância, mesmo no caso de furto qualificado, quando há circunstâncias excepcionais, como na hipótese. 3. No caso, trata-se da subtração de apenas 1 (um) botijão de gás, sequer avaliado, que foi prontamente recuperado e restituído à vítima, não havendo ofensa ao bem juridicamente tutelado. 4. Está bem estabelecido em nossa cultura jurídica que o princípio da insignificância se caracteriza como causa excludente de tipicidade material e deve ser aplicado em situações em que a ofensa ao bem jurídico tutelado é ínfima. Ele dá vida aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal e seu emprego funciona como importante instrumento político-criminal na correção de injustiças, em pontualmente não considerar típicas condutas que carecem de repercussão jurídica significativa a fazer nascer o direito de punir estatal" (STJ, 5ª T., AgRg no AgRg no HC 532401, j. 10/03/2020).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2015 – DPE-PE – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "José, réu primário, após subtrair para si, durante o repouso noturno, mediante rompimento de obstáculo, um botijão de gás avaliado em R$ 50,00 do interior de uma residência habitada, foi preso em flagrante delito. Tendo como referência essa situação hipotética, julgue o item subsecutivo, com base na jurisprudência dominante dos tribunais superiores a respeito desse tema. O crime praticado por José é atípico em razão da incidência do princípio da insignificância".

Obs.: em caso com valor patrimonial subtraído similar ao da questão acima, o STJ já reconheceu a atipicidade, mas existiam outras circunstâncias. Vejamos: "(...) 2. A existência de qualificadora pode ser entendida como obstáculo inicial à tese da insignificância, ressalvada excepcional peculiaridade do caso, em que subtraído uma viga de ferro no valor de R$ 60,00, correspondente a 8,9% do salário-mínimo vigente à época dos fatos, integralmente restituída à vítima, que não suportou real prejuízo, denotando ser a conduta desprovida de relevância penal. 4. Habeas corpus concedido para absolver o paciente pela atipicidade material da conduta, determinando o trancamento da ação penal" (STJ, 6ª T., HC 522.738, j. 05/11/2019).

- **Peculato praticado por militar:** incidiu (STF, 1ª T., HC 107638, j. 13/09/2011).
- **Peculato-furto praticado por militar:** não incidiu. "Considerou-se que a lesividade da conduta não deveria ser analisada exclusivamente sob o aspecto econômico e patrimonial, porquanto o delito perpetrado pelo paciente, peculato-furto, atentaria também contra a Administração Militar (Título VII, Capítulo II, do CPM)" (STF, 2ª T., HC 104820, j. 07/12/2010 – Informativo 612).

➢ **Tráfico de drogas:**

1ª posição (não se aplica): STF, 1ª T., HC 88820, j. 05/12/2006. No mesmo sentido: "Prevalece nesta Corte o entendimento de que afigura-se inaplicável o princípio da insignificância ao delito de tráfico ilícito de drogas, porquanto trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente" (STJ, 6ª T., EDcl no HC 463656, j. 04/10/2018). Idem: STJ, 5ª T., HC 538.347/ES, j. 12/11/2019; STF, 1ª T., HC 185681 AgR, j. 05/08/2020.

2ª posição (aplica-se): "(...) Posse de 1 (um grama) de maconha. 3. Condenação à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado. 4. Pedido de absolvição. Atipicidade material. 5. Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância. 6. Parecer da Procuradoria-Geral da República pela concessão da ordem. 7. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade material" (STF, 2ª T., HC 127573, j. 11/11/2019).

➢ **Posse de droga para consumo pessoal:**

- **STF:** não incidiu. "É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V - A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI - Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente" (STF, 1ª T., HC 102940, j. 05/02/2011). Em sentido contrário: STF, 1ª T., HC 110475, j. 14/02/2012.
- **STJ:** não incidiu. "1. Em razão da política criminal adotada pela Lei n. 11.343/2006, há de se reconhecer a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio, ainda que ínfima a quantidade de drogas apreendidas. 2. A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Vale dizer, o tipo previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 esgota-se, simplesmente, no fato de o agente trazer consigo, para uso próprio, qualquer substância entorpecente que possa causar dependência. Por isso mesmo, é irrelevante que a quantidade de drogas não produza, concretamente, danos ao bem jurídico tutelado, no caso, a saúde pública ou a do próprio indivíduo" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 387.874, j. 03/08/2017).

➢ **Posse de drogas para consumo pessoal em estabelecimento militar:** não incidiu. "(...) 4. Bem jurídico penal-militar tutelado no art. 290, do CPM, não se restringe à saúde do próprio militar, flagrado com determinada quantidade de substância entorpecente, mas sim a tutela da regularidade

das instituições militares. 5. art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, não altera a previsão contida no art. 290, CPM. 6. art. 2º, § 1º, LICC: não incide qualquer uma das hipóteses à situação em tela, eis que o art. 290, do CPM, é norma especial e, portanto, não foi alterado pelo advento da Lei nº 11.343/06. 7. Inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação às hipóteses amoldadas no art. 290, CPM" (STF, Pleno, HC 94685, j. 11/11/2010).

- **Importação de semente de maconha:** existe divergência sobre a incidência do princípio da insignificância ou até mesmo se o fato constitui crime. Vejamos:

▪ "1. Tratando-se de pequena quantidade de sementes e inexistindo expressa previsão normativa que criminaliza, entre as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas, a importação de pequena quantidade de matéria prima ou insumo destinado à preparação de droga para consumo pessoal, forçoso reconhecer a atipicidade do fato. (AgRg no REsp 1658928/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017). 2. Verificada a apreensão de 21 sementes de maconha, é possível visualizar hipótese de atipicidade da conduta, segundo a orientação jurisprudencial desta Corte Superior. 3. Habeas corpus concedido para afastar a tipicidade material do fato e, assim, absolver o paciente dos fatos imputados nos autos da Ação Penal 0004049-92.2013.4.03.6181" (STJ, 6ª T., HC 473.250, j. 12/03/2019). Assim decidiu o STF: "No julgamento conjunto do HC 144.161/SP e HC 142.987/SP, ambos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a Segunda Turma desta Suprema Corte firmou orientação jurisprudencial no sentido de que deve ser rejeitada a denúncia ou trancada a ação penal por ausência de justa causa nos casos em que o réu importa pequena quantidade de sementes de cannabis sativa (maconha). II – Agravo a que se nega provimento" (STF, 2ª T., HC 173346 AgR, j. 04/10/2019). No mesmo sentido: STJ, 6ª T., REsp 1859498, j. 25/08/2020.

▪ "1. Conforme entendimento desta Corte, 'as sementes da planta cannabis sativa são consideradas matéria-prima para efeito de configuração de quaisquer uma das ações delituosas previstas no art. 33, § 1º, inciso I, da Lei 11.343/2006. Assim, a conduta ora em análise – importação de sementes de maconha – reveste-se, em princípio, de tipicidade e há a justa causa para a ação penal. Precedentes' (AgRg no REsp 1761768/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/9/2018, DJe 3/10/2018). 2. A jurisprudência desta Quinta Turma é firme no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância às hipóteses de importação clandestina de sementes de cannabis sativa lineu (maconha). 3. Agravo desprovido. (STJ, 5ª T., AgRg no RHC 99.416, j. 13/12/2018, DJe 01/02/2019).

- **Moeda falsa:** não incide. STF, 1ª T., HC 126285, j. 13/09/2016. No mesmo sentido: "Não se cogita a aplicação do princípio da insignificância aos crimes de moeda falsa, pois o bem jurídico protegido de forma principal é a fé pública, ou seja, a segurança da sociedade, sendo irrelevante o número de notas, o seu valor ou o número de lesados" (STJ, 5ª T., HC 439958, j. 26/06/2018).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2009 - TRF1 - Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Ainda que seja a nota falsificada de pequeno valor, descabe, em princípio, aplicar ao crime de moeda falsa o princípio da insignificância, pois, tratando-se de delito contra a fé pública, é inviável a afirmação do desinteresse estatal na sua repressão".

- **Lesão corporal leve no âmbito militar (art. 209, § 4º, CPM):** incidiu (STF, 2ª T., HC 95445, j. 02/12/2008).
- **Lei Maria da Penha:** não incide. **Súmula 589 do STJ:** "É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDEP - 2019 - DPE-MG - Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Não é possível a aplicação dos princípios da insignificância e da bagatela imprópria nos delitos praticados com violência ou grave ameaça no âmbito das relações domésticas e familiares".

- **Crime ambiental:** "(...) II - A aplicação do princípio da insignificância, como causa de atipicidade da conduta, especialmente em se tratando de crimes ambientais, é cabível desde que presentes os seguintes requisitos: conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade do agente, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. III - No caso dos autos, o delito em análise se trata da supressão de 02 troncos de árvores nativas, sem autorização do órgão ambiental competente, portanto, não demonstrada a ínfima ofensividade ao bem ambiental tutelado. Ademais, o Eg. Tribunal de origem consignou que o agravante é reincidente específico, o que impede o reconhecimento do aludido princípio" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1850002, j. 16/06/2020).
- **Ato infracional:** incidiu. "O Superior Tribunal de Justiça admite a incidência do princípio da insignificância nos processos relativos a atos infracionais praticados por crianças e adolescentes" (STJ, 6ª T., HC 357845, j. 16/08/2016). No mesmo sentido: STF, 1ª T., HC 102655, j. 22/06/2010.
- **Crimes praticados com grave ameaça ou violência contra a vítima (ex.: roubo):** não incide. "A jurisprudência do STF e do STJ é pacífica, no sentido de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes praticados com grave ameaça ou violência contra a vítima, incluindo o roubo: 'É inviável reconhecer a aplicação do princípio da insignificância para crimes praticados com violência ou grave ameaça, incluindo o roubo' (STF, RHC 106.360/DF, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 3/10/2012)"; "(...) Mantida a condenação pelo delito de roubo, não há falar na incidência do princípio da insignificância, porquanto não se aplica aos delitos cometidos mediante violência ou grave ameaça a pessoa" (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 1589938, j. 18/02/2020).

- **Crime tributário na esfera federal:** prevalece que incide. Vejamos: "No tocante à aplicação do princípio da insignificância, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou orientação, no julgamento dos REsps 1.709.029/MG e 1.688.878/SP, representativos da controvérsia, relatoria do em. Ministro Sebastião Reis Júnior, no sentido de que incide o referido princípio aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar a quantia de vinte mil reais, estabelecida no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda" (STJ, 5ª T., RHC 106.210, j. 06/08/2019). Ainda: STJ, 5ª T., AgRg no HC 549428, j. 19/05/2020).

ATENÇÃO:

- artigos 168-A e 337-A do CP: "(...) II – Inaplicável o princípio da insignificância aos delitos de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, do Código Penal) e sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, do Código Penal) consoante entendimento assentado do. col. Supremo Tribunal Federal que conferiu **caráter supraindividual ao bem jurídico tutelado**, haja vista visarem proteger a subsistência financeira da Previdência Social. Precedentes. III – As Portarias n. 75 e 130, do Ministério da Fazenda **não podem afetar fatos pretéritos** à sua edição para fins de reconhecimento da insignificância do delito, por não deterem natureza penal, sob pena de atrelar a mensuração do prejuízo causado pela conduta criminosa à momento posterior à sua própria consumação" (STJ, 3ª Seção, AgRg na RvCr 4881, j. 22/05/2019).
- **Estelionato contra o INSS:** "Não é possível a aplicação do princípio da insignificância ao crime de estelionato contra a Previdência Social independentemente dos valores obtidos indevidamente pelo agente, pois, consoante jurisprudência do STJ e do STF, em se tratando de estelionato cometido contra entidade de direito público, considera-se o alto grau de reprovabilidade da conduta do agente, que atinge a coletividade como um todo" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1849115, j. 16/06/2020).
- **Crimes tributários na esfera estadual:** "Consolidou-se, ainda, o entendimento de que 'a aplicação da bagatela aos tributos de competência estadual encontra-se subordinada à existência de norma do ente competente no mesmo sentido da norma federal, porquanto a liberalidade da União para arquivar, sem baixa na distribuição, as execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 não se estende, de maneira automática, aos demais entes federados' (HC 480.916/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/6/2019, DJe 21/06/2019). Portanto, para fins de ver aplicado o princípio da bagatela, é necessária a existência de lei local no mesmo sentido da lei federal, o que ocorreu no caso" (STJ, 5ª T., RHC 106.210, j. 06/08/2019).
- A Súmula 599 do STJ ("O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública") **não se aplica ao delito de descaminho**.
- **Reiteração delitiva:** "1. No que se refere ao crime de descaminho, a jurisprudência desta Corte Superior reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, visto que tal circunstância denota maior grau de reprovabilidade do comportamento lesivo, sendo desnecessário perquirir o valor dos tributos iludidos pelo acusado. 2. 'A existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, em que pese não serem aptos para configurar a reincidência, denotam a habitualidade delitiva do réu e afastam, por consectário, a incidência do princípio da insignificância. Precedentes'" (STJ, 5ª T., AgRg no RHC 124855, j. 13/10/2020).

➢ O STJ já decidiu que, para o fim de considerar o parâmetro de aplicação do princípio da insignificância, deve ser considerada a **soma dos débitos consolidados nos últimos cinco anos**, com base no art. 20, § 4º, da Lei 10.522/02: "(...) 4. Nos casos de 'reiteração delitiva', não há como excluir a tipicidade material à vista do valor da evasão fiscal de cada apreensão, representação fiscal ou auto de infração, considerados isoladamente, devendo ser considerada, para os fins do parâmetro legal, a soma dos débitos consolidados nos últimos cinco anos, nos termos do parágrafo 4º da norma" (STJ, 6ª T., AgRg nos EDcl no REsp 1401641, j. 18/06/2014).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(Instituto Acesso - 2019 - PC-ES - Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Segundo o STJ, nenhum dos crimes contra a administração pública admite a incidência do princípio da insignificância".

(FUNDATEC - 2018 - PC-RS - Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que é aplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, o que muda o entendimento da jurisprudência em relação ao crime de descaminho".

(FCC - 2017 - DPE-RS - Analista) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a aplicação do chamado princípio da insignificância penal para o crime de descaminho".

(UFG/CS - 2014 - DPE-GO - Defensor Público) *Questão discursiva:* "Qual a natureza jurídica do princípio da insignificância? Explicite os vetores exigidos para a aplicação desse princípio aos crimes em geral, segundo reiterado entendimento do Supremo Tribunal Federal. Especificamente com relação aos crimes tributários, indique os valores para sua aplicação, segundo a jurisprudência atual, aos tributos federais, estaduais e municipais, se houver".

➢ **Contrabando:** não incide. "Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o princípio da insignificância ao contrabando de cigarros. Tal entendimento decorre do fato de a conduta não apenas implicar lesão ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, como na hipótese de descaminho. De fato, outros bens jurídicos são tutelados pela norma penal, notadamente a saúde pública, a moralidade administrativa e a ordem pública" (STJ, 5ª T., RHC 89.755, j. 05/10/2017). Idem: "O princípio da insignificância não pode ser aplicado ao delito de contrabando de munição de arma de fogo, em razão do alto grau de reprovabilidade da conduta delituosa e da potencialidade lesiva do objeto" (STJ, 5ª T., AgRg nos EDcl no REsp 1878394, j. 27/10/2020).

➢ **Peculato:**

- **STJ:** não incide. "'É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não ser possível a aplicação do princípio da insignificância ao crime de peculato e aos demais delitos contra Administração Pública, pois o bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador é a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica' (HC 310.458/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 26/10/2016)" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1019890, j. 16/05/2017):

Súmula 599 do STJ
"O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública".

- **STF:** incidiu. "Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. *Res furtiva* de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou *habeas corpus*, ser absolvido por atipicidade do comportamento" (STF, 2ª T., HC 112388, j. 21/08/2012). No mesmo sentido: STF, HC 107370/SP, j. 26/04/2011 – Informativo 624.

➢ **Violação de direito autoral:** não incide. "A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.193.196/MG, sedimentou entendimento no sentido da inaplicabilidade do princípio da adequação social e da insignificância ao delito descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal, sendo considerada materialmente típica a conduta" (STJ, 5ª T., HC 437023, j. 17/04/2018). Idem: STJ, 5ª T., AgRg no HC 319484, j. 10/03/2020.

Súmula 502 do STJ
"Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas".

➢ **Transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência:** não incide. Nesse sentido a **Súmula 606 do STJ:** "Não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, que caracteriza o fato típico previsto no art. 183 da Lei n. 9.472/1997".

Ainda: "1. Inaplicável o princípio da insignificância no crime de transmissão clandestina de sinal de internet, por configurar o delito previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997, que é crime formal, e como tal, prescinde de comprovação de prejuízo para sua consumação (HC 142.738-AgR/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 21.6.2018). 2. Orientação reafirmada por este Supremo Tribunal Federal no sentido de que '0 desenvolvimento clandestino de atividade de transmissão de sinal de internet, via rádio, comunicação multimídia, sem a autorização do órgão regulador, caracteriza, por si só, o tipo descrito no artigo 183 da Lei n.º 9.472/97, pois se trata de crime formal, inexigindo, destarte, a necessidade de comprovação de efetivo prejuízo' (HC 152.118-AgR/GO, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 17.5.2018)" (STF, HC 124795 AgR, j. 23/08/2019); "A orientação consolidada do Superior Tribunal de Justiça assenta que a exploração clandestina de atividade de telecomunicação é crime formal, de perigo abstrato, ao qual não se aplica o princípio da insignificância, pois tem como bem jurídico

tutelado a segurança dos meios de comunicação" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1803359, j. 06/02/2020).

- **Estelionato qualificado:** não se admite a incidência do princípio da insignificância na prática de estelionato qualificado por médico que, no desempenho de cargo público, registra o ponto e se retira do hospital (STJ, 5ª T., AgRg no HC 584.869, j. 12/05/2020).
- **Posse de munição:** o STJ não admitia o princípio da insignificância, sob a justificativa de que "são crimes de mera conduta e de perigo abstrato, em que se presume a potencialidade lesiva, sendo inaplicável o princípio da insignificância independentemente da quantidade apreendida" (AgRg no REsp n. 1.682.315). Porém, passou a reconhecê-lo: "Este Superior Tribunal de Justiça passou a reconhecer o princípio da insignificância em situações excepcionais, de posse de ínfima quantidade de munições e ausência do artefato capaz de dispará-las, aliadas a elementos acidentais da ação que evidenciem a total inexistência de perigo à incolumidade pública" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 479.187/RJ, j. 06/08/2019). No mesmo sentido: STJ, 5ª T., AgRg no HC 601155, j. 06/10/2020.

  No STF há duas posições:

  a) Incide: "Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003) - Posse de duas munições de uso permitido (art. 12) desacompanhadas de arma de fogo compatível com a sua utilização - Princípio da ofensividade e Direito Penal - "Nullum crimen sine injuria" - O debate em torno dos crimes de perigo abstrato - Doutrina - Comportamento do agente que não caracterizou, no caso, situação de perigo concreto - Fundamento suficiente para a concessão da ordem de "habeas corpus" - Existência, no entanto, de entendimento diverso desta corte em tema de crimes de perigo abstrato - Princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima do direito penal - Incidência, na espécie, do postulado da insignificância, que se qualifica como causa supralegal de exclusão da tipicidade penal em sua dimensão material - Precedentes do supremo tribunal federal, inclusive em matéria concernente ao estatuto do desarmamento - Recurso de agravo improvido" (STF, 2ª T., HC 185974 AgR, j. 03/10/2020).

  b) Não incide: "Os tipos penais de posse e de porte ilegal de arma de fogo, acessórios e ou munição, de uso permitido, são formais e, a fortiori, de mera conduta e de perigo abstrato, razão pela qual as características do seu objeto material são irrelevantes, porquanto independe do quantum para ofender a segurança e incolumidade públicas, bem como a paz social, bens jurídicos tutelados, sendo ainda despiciendo perquirir-se acerca da potencialidade lesiva das armas e munições eventualmente apreendidas, de modo que, não cabe cogitar quanto à aplicação do princípio da insignificância para fins de descaracterização da lesividade material da conduta" (STF, 1ª T., RHC 158087 AgR, j. 28/09/2018).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2019 – TJ-AL – Juiz de Direito) Segundo entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, INAPLICÁVEL o princípio da insignificância: a) aos crimes ambientais e aos crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça à pessoa, se reincidente o acusado. b) aos crimes praticados contra a criança e o adolescente e aos crimes contra a ordem tributária. c) às contravenções penais praticadas contra a mulher no âmbito das relações domésticas e aos crimes contra a Administração pública. d) aos crimes de licitações e às infrações de menor potencial ofensivo, já que regidas por lei especial. e) aos crimes de violação de direito autoral e aos crimes previstos no estatuto do desarmamento. **Gabarito: C.**

(FUNDEP – 2019 – DPE-MG – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "É materialmente atípica, pela aplicação do Princípio da Insignificância, a conduta de portar ou possuir ínfima quantidade de munição, aliada à ausência do artefato capaz de disparar o projétil, que denote a incapacidade de gerar perigo à incolumidade pública".

6. PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Pode ser analisado em três sentidos diversos:

a) **Culpabilidade como elemento do crime ou pressuposto de aplicação da pena:** a culpabilidade é formada por: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (ver capítulo Culpabilidade).

b) **Culpabilidade como medição de pena:** nesse aspecto, a culpabilidade possui a função de estabelecer os parâmetros pelos quais o juiz fixará a pena no momento da condenação, conforme dispõe o art. 59 do Código Penal.

c) **Culpabilidade como princípio da responsabilidade subjetiva:** o sujeito só pode ser responsabilizado se sua conduta ofensiva for dolosa (quis o fato ou assumiu o risco de produzi-lo) ou culposa (deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia), de sorte que é afastada a responsabilidade objetiva em matéria penal.

Como bem esclarece Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de Direito Penal*, 2011, p. 47), decorrem **três consequências materiais do princípio da culpabilidade**: "a) não há responsabilidade penal objetiva; b) a responsabilidade penal é pelo fato praticado e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena".

Obs.: como será visto, o dolo e a culpa nos conceitos clássico e neoclássico do delito integravam a *culpabilidade* (culpabilidade como **elemento do crime**), ao passo que no conceito finalista integram o *fato típico*, e a *culpabilidade* é integrada pelos elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2020 – MP-CE – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: O princípio da culpabilidade afasta a responsabilização objetiva em matéria penal, de modo que a punição penal exige a demonstração de conduta dolosa ou culposa.

(FUMARC – 2018 – PC-MG – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Conforme o princípio da culpabilidade, a responsabilidade penal é subjetiva, pelo que nenhum resultado penalmente relevante pode ser atribuído a quem não o tenha produzido por dolo ou culpa, elementos finalisticamente localizados na culpabilidade".

7. PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

O Direito Penal possui como função a proteção de bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Assim, o Estado não pode utilizar o Direito Penal para tutelar a moral, a religião, os valores ideológicos etc., sob pena de prevalecer a intolerância. Como anteriormente explicado, é uma das decorrências do princípio da ofensividade.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-GO – 2005 – Promotor de Justiça): "O Direito Penal não serve para a tutela da moral ou para a realização de pretensões pedagógicas. Essa afirmação está intimamente vinculada a qual princípio constitucional penal? (...) **princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos**".

8. PRINCÍPIO DA MATERIALIZAÇÃO DO FATO (*NULLUN CRIMEN SINE ACTIO*)

Deve haver um **Direito Penal do fato** e não um **Direito Penal do autor**, ou seja, a pena deve ser imposta por ter o agente praticado um fato lesivo a bem jurídico de terceiro e não em razão do modo de ser do sujeito. Assim, devem ser abolidas de nosso ordenamento infrações penais como a disposta no art. 59 da LCP (vadiagem), pois ocorre a punição de um sujeito pelo modo de ser e não por um fato lesivo a terceiro. Conforme referido anteriormente, trata-se de uma decorrência do princípio da ofensividade e da culpabilidade.

9. PRINCÍPIO DA PESSOALIDADE OU DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA

A pena deve ser aplicada somente ao autor do fato e não a terceiros.

> **CF, art. 5º, XLV** – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Assim, com a morte do condenado, a sanção penal se resolve (*mors omnia solvit*). No entanto, os efeitos secundários extrapenais da sentença penal condenatória subsistem (obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens), de sorte que os herdeiros respondem até o limite da herança.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUMARC – 2018 – PC-MG – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A responsabilidade pela indenização do prejuízo que foi causado pelo crime imputado ao agente não pode ser estendida aos seus herdeiros sem que haja violação do princípio da personalidade da pena".

(IBADE – 2017 – PC-AC – Delegado de Polícia) "O suicídio é um crime (assassínio) [...]. Aniquilar o sujeito da moralidade na própria pessoa é erradicar a existência da moralidade mesma do mundo, o máximo possível, ainda que a moralidade seja um fim em si mesma. Consequentemente, dispor de si mesmo como um mero meio para algum fim discricionário é rebaixar a humanidade na própria pessoa (homo noumenon), à qual o ser humano (homo phaenomenon) foi, todavia, confiado para preservação" (KANT, Immanuel, a Metafísica dos Costumes). A extinção da própria vida já foi objeto de sancionamento penal em diversos países. Esclarece Galdino Siqueira (Tratado, tomo III, p. 68) que o direito romano punia com confisco de bens o ato de suicidar-se para fugir a uma acusação ou à pena por outro delito. A mesma pena foi aplicada em França. O confisco-segundo o autor-persistia na Inglaterra no início do século XX, desde que o suicídio não fosse efeito de uma desordem mental provada. Tendo por base o confisco de bens outrora pertencentes ao suicida – que tem herdeiros – como forma de punição penal, é correto afirmar que responsabilização de terceiros pela conduta de alguém viola o princípio penal, denominado:

a) individualização judicial da pena.

b) taxatividade

c) intranscendência.

d) ofensividade.

e) inderrogabilidade.

Gabarito: C.

10. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

Nenhuma pena pode atentar contra a dignidade da pessoa humana, de sorte que é vedada a aplicação de penas cruéis e infamantes, bem como determina que a pena seja cumprida de forma a efetivamente ressocializar o condenado. De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (*Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 177), tal princípio "é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – DPE-MA – Defensor Público) "A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são desdobramentos do princípio da: a) proporcionalidade; b) intervenção mínima do Estado; c) fragmentariedade do Direito Penal; d) humanidade; e) adequação social".

Gabarito: D.

11. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Introduzido no Direito Penal por Hans Welzel, trata-se de um princípio de hermenêutica. Pode-se dizer que uma **conduta socialmente adequada** não pode ser típica, de sorte que não será criminosa. Segundo assevera Francisco de Assis

Toledo, "a adequação social exclui desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os comportamentos normalmente permitidos, isto é, materialmente atípicos" (*Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 132). Como exemplo, cita o autor as lesões corporais causadas por um pontapé em partidas de futebol.

Exposição à venda de CDs e DVDs piratas: "A Terceira Seção desta Corte de Justiça, ao julgar o REsp n. 1.193.196/MS, representativo de controvérsia, firmou-se no sentido de 'considerar típica, formal e materialmente, a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, **afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social**, de quem expõe à venda CD'S e DVD's piratas'" (STJ, 6ª T., HC 531030, j. 23/06/2020).

Súmula 502 do STJ

"Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas".

Favorecimento da prostituição e manutenção de casa de prostituição: "De acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, **não se aplica o princípio da adequação social** aos crimes de favorecimento da prostituição ou manutenção de casa de prostituição" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1508423, j. 01/09/2015).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2019 - TJ-BA - Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O princípio da adequação social serve de parâmetro ao legislador, que deve buscar afastar a tipificação criminal de condutas consideradas socialmente adequadas".

(CESPE - 2018 - Polícia Federal - Perito Criminal Federal) A fim de garantir o sustento de sua família, Pedro adquiriu 500 CDs e DVDs piratas para posteriormente revendê-los. Certo dia, enquanto expunha os produtos para venda em determinada praça pública de uma cidade brasileira, Pedro foi surpreendido por policiais, que apreenderam a mercadoria e o conduziram coercitivamente até a delegacia. Com referência a essa situação hipotética, julgue o item subsequente: O princípio da adequação social se aplica à conduta de Pedro, de modo que se revoga o tipo penal incriminador em razão de se tratar de comportamento socialmente aceito.

Gabarito: Errado.

(CESPE - 2015 - TJ-PB - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Conforme entendimento do STJ, o princípio da adequação social justificaria o arquivamento de inquérito policial instaurado em razão da venda de CDs e DVDs".

12. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE (PROIBIÇÃO DO EXCESSO)

No escólio de Fábio Roque Araújo, a "proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados". Ainda no dizer de Fábio Roque, se destacam

três importantes acepções: 1ª) princípio da proporcionalidade como "princípio geral do Direito, na medida em que impõe ao operador do Direito a busca incessante pelo equilíbrio entre os interesses em conflito"; 2ª) princípio da proporcionalidade como "limite dos limites aos direitos fundamentais"; 3ª) princípio da proporcionalidade "como critério estrutural para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais, vinculante para o legislador" (*O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal*. Salvador: Juspodivm, 2011, p.117-9).

Visando a estabelecer parâmetros à sua delimitação, o princípio da proporcionalidade é decomposto em três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Nesse ponto, como muito bem sintetiza Fábio Roque, se mostra relevante frisar que "outras duas teorias remanescem em derredor do tema. Para a primeira, os elementos (ou sub-regras) da proporcionalidade seriam, apenas, a adequação e a necessidade. Esta teoria é adotada pelos críticos do sopesamento, que repudiam a proporcionalidade em sentido estrito, justamente por considerar que sua análise implica um sopesamento. Há uma última teoria, de acordo com a qual, além dos três elementos, haveria um quarto, qual seja, a análise da legitimidade dos fins que a medida pretende alcançar. A adoção desta última teoria tem sido levada a efeito pela Corte Europeia de Direitos Humanos (cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Ob. cit.*)".

Com efeito, por interferir na esfera da liberdade e de outros direitos fundamentais, o Direito Penal deve possuir como norte o princípio da proporcionalidade em seus três subprincípios:

1) **adequação**: a medida adotada pelo Estado (utilização do Direito Penal) deve ser adequada (apta) para alcançar os fins pretendidos (proteção do bem jurídico, prevenção e retribuição).

2) **necessidade**: o Direito Penal só deve atuar de forma subsidiária, isto é, quando se mostrarem insuficientes as demais formas de controle social.

3) **proporcionalidade em sentido estrito:** os meios utilizados para consecução dos fins não devem extrapolar os limites do tolerável. Os benefícios a serem alcançados (tutela eficaz do bem, prevenção e retribuição) devem ser maiores que os custos (sacrifício do autor do crime ou da própria sociedade).

Podemos afirmar, portanto, que o princípio da proporcionalidade tem a função de proteção do indivíduo contra o abuso do poder estatal. O Estado deve possuir limites em seu poder punitivo, sendo que seu exercício também limita os direitos fundamentais. Trata-se de um sistema de **proteção negativa**, no sentido de o Estado não violar, por meios de ações, os direitos fundamentais.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2017 – MP-RR – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No direito penal, o princípio da proporcionalidade fundamenta a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei Antidrogas, que veda a concessão de liberdade provisória em crimes relacionados às drogas".

(FCC - 2017 - DPE-RS - Analista) O que nos parece é que as duas dimensões do bem jurídico-penal - a valorativa e a pragmática - apresentam áreas de intensa interpenetração, o que origina a tendencial convergência entre elevada dignidade penal e necessidade de tutela penal, assim como, inversamente, entre reduzida dignidade penal e desnecessidade de tutela penal. (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, p. 424). Nesse tópico, o tema central do raciocínio da jurista portuguesa radica primacialmente no campo da ideia constitucional de: a) individualização. b) dignidade humana. c) irretroatividade. d) proporcionalidade. e) publicidade. **Gabarito: D.**

13. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE (PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE)

Como visto, o princípio da proporcionalidade tradicionalmente traduz-se na **proibição do excesso/*Übermassverbot* (garantismo negativo).** Entretanto, atualmente a doutrina vem apontando uma nova face da proporcionalidade, qual seja, **a proibição da proteção deficiente/*Untermassverbot* (garantismo positivo).**

O sistema de proteção dos direitos fundamentais se expressa em **proteção negativa** (proteção do indivíduo frente ao poder do Estado) e **proteção positiva** (proteção, por meio do Estado, dos direitos fundamentais contra ataques e ameaças provenientes de terceiros).

Pelo princípio da proibição de proteção insuficiente (proibição de não suficiência ou proibição por defeito), expressão cunhada por Claus-Wilhelm Canaris, o Estado também será omisso quando se omite ou não adota medidas suficientes para garantir a proteção dos direitos fundamentais.

No escólio de Maria Streck, o "Estado também poderá deixar de proteger direitos fundamentais, atuando de modo deficiente / insuficiente, ou seja, deixando de atuar e proteger direitos mínimos assegurados pela Constituição. A partir disso, vislumbra-se o outro lado da proteção estatal, o da proibição da proteção deficiente (ou insuficiente), chamada no direito alemão de *Untermassverbot*. (...) Portanto, o Estado Democrático de Direito não exige mais somente uma garantia de defesa dos direitos e liberdades fundamentais contra o Estado, mas, também, uma defesa contra qualquer poder social de fato" (*Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*, p. 92).

Nas palavras de Luciano Feldens, a "proibição de proteção deficiente encerra, nesse contexto, uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal - eventualmente retratado em uma *omissão*, total ou parcial - vulnera um direito fundamental (pensemos, *v.g.*, na hipótese da despenalização do homicídio)" (*A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*, p. 109).

O caso paradigmático é a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, de 25/02/1975, que declarou inconstitucional o 5º StRG, de 18/06/74, que permitia o aborto se observadas certas condições (tempo de gravidez, praticado por

médico, consentimento). Considerou que se a vida não for tutelada por outros meios, o Estado deve protegê-la via tutela penal. Essa decisão é utilizada para o reconhecimento dos chamados "mandados implícitos de criminalização".

Para simplificar a construção jurídica sobre a temática, vejamos os seguintes exemplos:

- Lei que viesse a descriminalizar o aborto poderia ser considerada inconstitucional em razão da insuficiente proteção ao direito fundamental à vida.
- Lei que viesse a cominar pena de 1 a 2 anos ao crime de estupro poderia ser considerada inconstitucional em razão da insuficiente proteção ao direito fundamental à liberdade sexual e à dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema (na esfera penal), vide o voto do Ministro Gilmar Mendes (STF – RE 418.376), bem como: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e a Proibição de Insuficiente*. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 47, mar-abr de 2004 e Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra nº 81, 2005, p. 325-386.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MS – 2018 – MP-MS – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O princípio da legalidade admite ser afastado ante a incidência do princípio da proteção deficiente".

(CESPE – 2014 – MP-AC – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Uma das vertentes do princípio da proporcionalidade é a proibição de proteção deficiente, por meio da qual se busca impedir um direito fundamental de ser deficientemente protegido, seja mediante a eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas inferiores à importância exigida pelo bem que se quer proteger".

(MP-MG – 2007 – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "O princípio da proporcionalidade no Direito Penal".

SITUAÇÕES ESPECÍFICAS:

➢ **Princípio da proporcionalidade e declaração de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas (proibição de liberdade provisória)**

"Posto esse quadro fático, observo que os defensores da tese da constitucionalidade da vedação abstrata e apriorística de concessão de liberdade provisória prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006 sustentam que ela foi editada em harmonia com o próprio texto constitucional, que prevê a inafiançabilidade dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, portanto um tratamento mais rigoroso (CF, art. 5º, XLIII: "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem"). Verifica-se, por outro lado, que essa proibição (Lei n. 11.343/2006, art. 44, que retiraria sua razão de ser da própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIII) conflita com outros princípios também

revestidos de dignidade constitucional, dentre eles a presunção de inocência e o devido processo legal. Diante desse choque de princípios constitucionais, considero adequada a análise da legitimidade da mencionada vedação abstrata prevista na Lei de Drogas a partir de sua conformidade ao princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma "proibição de excesso" na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo - tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ("A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", in Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional, 2ª ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto). (...)" - STF, Pleno, HC 104.339, j. 10/05/2012, trecho do voto do Min. Gilmar Mendes, Relator.

➢ **Confisco e proibição de proteção deficiente**

"1. O confisco de bens pelo Estado encerra uma restrição ao direito fundamental de propriedade, insculpido na própria Constituição Federal que o garante (art. 5º, caput, e XXII). 2. O confisco de bens utilizados para fins de tráfico de

drogas, à semelhança das demais restrições aos direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal, deve conformar-se com a literalidade do texto constitucional, vedada a adstrição de seu alcance por requisitos outros que não os estabelecidos no artigo 243, parágrafo único, da Constituição. 3. O confisco no direito comparado é instituto de grande aplicabilidade nos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que 'o crime não deve compensar', perspectiva adotada não só pelo constituinte brasileiro, mas também pela República Federativa do Brasil que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas. 4. O tráfico de drogas é reprimido pelo Estado brasileiro, através de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados. 5. Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo Poder Constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em **proteção deficiente** dos direitos fundamentais. Precedente: HC 104410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, DJ 26-03-2012. 6. O confisco previsto no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal deve ser interpretado à luz dos princípios da unidade e da supremacia da Constituição, atentando à linguagem natural prevista no seu texto. Precedente: RE 543974, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJ 28-05-2009. 7. O Supremo Tribunal Federal sedimentou que: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EFICÁCIA SUSPENSIVA ATIVA – TRÁFICO DE DROGAS – APREENSÃO E CONFISCO DE BEM UTILIZADO – ARTIGO 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Impõe-se o empréstimo de eficácia suspensiva ativa a agravo, suspendendo-se acórdão impugnado mediante extraordinário a que visa imprimir trânsito, quando o pronunciamento judicial revele distinção, não contemplada na Constituição Federal, consubstanciada na exigência de utilização constante e habitual de bem em tráfico de droga, para chegar-se à apreensão e confisco – artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. (AC 82-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-2-2004, Primeira Turma, DJ de 28-5-2004). 8. A habitualidade do uso do bem na prática criminosa ou sua adulteração para dificultar a descoberta do local de acondicionamento, *in casu*, da droga, não é pressuposto para o confisco de bens, nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 9. Tese: É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 10. Recurso Extraordinário a que se dá provimento" (STF, Pleno, RE 638491, j. 17/05/2017).

- **Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e inconstitucionalidade do preceito secundário do delito disposto no art. 273, § 1º-B, do Código Penal**

1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever

de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais. 3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. 4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretenso usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública. 5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso. 6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma" (STJ, Corte Especial, AI no HC 239363, j. 26/02/2015).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(Instituto Acesso - 2019 - PC-ES - Delegado de Polícia) O sistema penal é composto por órgãos de naturezas jurídicas distintas com funções, dentre outras, de caráter investigativo, repressivo, jurisdicional e prisional. É sabido que os números de letalidade no exercício de tais funções, tanto de civis quanto de agentes do sistema penal têm aumentado nos últimos anos. Por conta dessa informação, será preciso promover uma política pública em âmbito penal que reverbere na diminuição de tal letalidade. (BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007). Identifique a alternativa correta que contenha os princípios que fundamentam o Direito Penal, e que mostrem que sua observância se torna importante para o embasamento da referida política pública: a) Mínima letalidade/ letalidade controlada/ tutela civil e tutela penal/ livre iniciativa. b) Mínimo proporcional/ reserva do possível/ humanidade/ lesividade. c) Legalidade / proporcionalidade / penalidade / legítima defesa. d) Intervenção mínima/ legalidade / lesividade / adequação social. e) Devido processo legal/ contraditório e ampla defesa/ proximidade de jurisdição / proporcionalidade. **Gabarito: D.**

Capítulo III

Direito Penal na sociedade do risco

1. INTRODUÇÃO

As transformações sociais, econômicas e tecnológicas vivenciadas pelo mundo nas últimas décadas vêm influenciando o sistema penal, máxime nos tempos atuais de uma **sociedade de risco**, conforme expressão utilizada pelo alemão Ulrich Beck (*La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*). Essas novas realidades ensejam o surgimento de uma nova modalidade criminosa, a de caráter supraindividual, como a econômica e a ambiental, a qual não se amolda ao Direito Penal clássico, de caráter individual.

A criminalidade moderna, dentre outros aspectos, caracteriza-se "pelas grandes concentrações de poder político e econômico, especialização profissional, domínio tecnológico e estratégia global" (CERVINI, Raúl. *Os Processos de Descriminalização*, 2002, p. 215). Como não poderia ser diferente, as estruturas e conceitos básicos do Direito Penal são contestadas frente a essa nova visão de sistema penal, por razões do perfil do *novo criminoso* e do *bem jurídico* afetado, de envergadura supraindividual.

Nesse contexto social de riscos, busca o legislador o substrato do *dever ser* e cria figuras típicas visando mais a uma forma de controle social de novos bens jurídicos, máxime os de caráter coletivo, como a ordem socioeconômica e o meio ambiente. Com efeito, é inegável a ocorrência de uma expansão do Direito Penal, inclusive com a criação de inúmeros crimes de perigo abstrato, gerando um Direito Penal com a característica de prevenção ao dano (Direito Penal preventivo).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

Foram consideradas *corretas* as seguintes alternativas:

(MP-GO – 2014 – Promotor de Justiça) "A atuação da persecução penal do Estado é chamada a solucionar os conflitos decorrentes dessa sociedade de risco, em nome de uma segurança concreta, veloz e eficaz. O Direito Penal e o Direito Processual Penal, por vezes, passam a ser vistos como as soluções mágicas para o sentimento de insegurança da sociedade de risco. A adoção desse papel nas atividades persecutórias faz

com que se crie um ambiente de valorização excessiva da intervenção estatal, o que pode caracterizar um Estado de prevenção, absolutamente incompatível com a ideia do modelo liberal e garantista".

(TRF4 - 2008 - Juiz Federal) "I. Os novos paradigmas da sociedade moderna, com riscos técnicos ou não, desconhecidos e incontroláveis, trazem a sensação coletiva de insegurança, em fenômeno designado por Ulrich Beck como da sociedade do risco; (...) III. Na tutela dos grandes e novos riscos que ameaçam a sociedade presente e as gerações futuras têm surgido legislações penais de diferenciado e gravoso tratamento, penal e processual-penal, em crimes econômico-tributários, ambientais e os imputáveis a organizações criminosas".

2. EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

2.1. Espiritualização do bem jurídico

Parte da doutrina adota posicionamento crítico em relação à expansão inadequada e ineficaz da tutela penal em razão desses novos bens jurídicos de caráter coletivo. Argumenta-se que tais bens são formulados de modo vago e impreciso, ensejando a denominada **desmaterialização (espiritualização, dinamização ou liquefação) do bem jurídico**, em virtude de estarem sendo criados sem qualquer substrato material, distanciados da lesão perceptível dos interesses dos indivíduos (ex.: mercado econômico; ordem tributária; moralidade pública; sentimento do povo; saúde pública etc.).

O discurso crítico sustenta que não mais se protege bem jurídico, mas funções, consistentes em objetivos perseguidos pelo Estado ou, ainda, condições prévias para a fruição de bens jurídicos individuais.

Como bem sintetiza Marta Machado, "na perspectiva da teoria do bem jurídico, as consequências desse referem-se a uma significativa mudança na compreensão do conceito de bem jurídico, consistente no seu distanciamento da objetividade natural, bem como do eixo individual, para focar a intervenção penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de perfis cada vez mais vagos e abstratos - o que visivelmente destoa das premissas clássicas que dão o caráter concreto e antropocêntrico do bem a ser protegido. Trata-se do denominado processo de *desmaterialização do bem jurídico*" (*Sociedade de Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*, 2005, p. 107).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-BA - 2010 - Promotor de Justiça) Foram consideradas *corretas* as seguintes alternativas: "A problemática do bem jurídico, merecedor da tutela penal, é assunto de alta sensibilidade nos dias atuais, na medida em que o Direito Penal contemporâneo lida, frequentemente, com questões concernentes a bens jurídicos coletivos e de alta complexidade na sua consideração, inclusive para o debate na doutrina nacional, sobretudo quando busca diferenciar bens jurídicos e funções. Assim, a tendência de espiritualização dos bens jurídicos é um dos grandes desafios do estágio atual da dogmática penal. Nesse cenário de ideias, seria correto afirmar: (...) III - A tendência de 'espiritualização' dos bens jurídicos pode ser concretamente mitigada com a

consideração conjunta da noção de pessoalidade com a de substancialidade, e não ser deduzida apenas de um dado normativo; IV - A noção de bem jurídico, neste contexto, não pode ter como objeto de proteção da norma situação referente à moralidade pública, aos bons costumes, ao sentimento do povo e outras semelhantes".

▸ **Atenção:**

"A aferição da insignificância é requisito negativo da tipicidade conglobante, pois ultrapassa o juízo subsuntivo típico formal e adentra na seara da análise do desvalor da conduta e do resultado em sentido amplo. Com vistas à aferição dos vetores interpretativos da insignificância sugeridos pelo STF, inarredável considerar a **espiritualização do bem jurídico protegido nos crimes de exploração irregular ou clandestina de radiodifusão (segurança dos meios de comunicação)** e sua relevância para a incolumidade de outros bens jurídicos. Classifica-se, portanto, o crime em tela como formal e de perigo abstrato, pelo que dispensa a comprovação de qualquer dano (resultado) ou do perigo, presumindo-se este absolutamente pela lei" (STJ, 5ª T., RHC 46435, j. 13/10/2015).

2.2. Aumento dos crimes de perigo abstrato

Como se não bastasse a desmaterialização do bem jurídico, uma das formas utilizadas para a proteção dos bens jurídicos coletivos ocorre com a criação de crimes de perigo abstrato. Tais crimes são criticáveis em virtude de contrariarem os princípios conquistados pelo Direito Penal liberal (clássico), como os da lesividade e da subsidiariedade.

2.3. Delitos de acumulação e delitos de transgressão e a administrativização do Direito Penal

Em relação ao princípio da lesividade, argumenta-se que, como os novos tipos penais tutelam objetos que se caracterizam pelas grandes dimensões, resta difícil imaginar que a conduta de apenas uma pessoa possa lesá-lo de forma efetiva ou mesmo causar um perigo concreto, de sorte que a lesividade só existe por uma ficção. Mesmo no caso de se vislumbrar uma possível lesão na soma de ações individuais reiteradas e no acúmulo dos resultados de todas **(delitos de acumulação/*Kumulationsdelikte*)**, seria inadmissível a punição individual, pois o fato isolado não apresenta lesividade. *Exemplo* (delito cumulativo): uma pessoa que pesca sem autorização legal um determinado peixe não lesa expressivamente o bem jurídico (meio ambiente), mas a soma de várias pessoas pescando poderá causar lesão. Por isso que se pune uma conduta isolada, mesmo que sem lesividade aparente.

Assim, se não há lesividade, o que se estará punindo é o desrespeito ou desobediência a uma norma, ou seja, uma simples infração do dever (o que se denomina de **crimes de transgressão**), de sorte que esses fatos devem ser tratados por outros modos de controle social, como o Direito Administrativo. Caso contrário, estaremos diante de uma **administrativização do Direito Penal.**

Sob outro enfoque, com a punição da mera desobediência à norma, sem qualquer lesão perceptível a bem jurídico, o Direito Penal do risco seria contrário à proteção subsidiária dos bens jurídicos (última *ratio*), convertendo-se em um Direito Penal de primeira *ratio*, a fim de defender as funções estatais. Ao contrário do Direito Penal de tradição liberal, no qual o bem jurídico teria cumprido um papel limitador, com função crítica de sentido descriminalizador, legitimando apenas a punição de condutas que lesassem objetos definidos como bens jurídicos, o Direito Penal do risco utiliza o conceito de bem jurídico para legitimar a criação de novos tipos, caracterizando, assim, uma função com sentido criminalizador.

Com efeito, o discurso crítico defende a tese de que os riscos oriundos desse novo modelo de sociedade não deveriam ser considerados na esfera do risco proibido, mas sim como risco permitido ou então sob o controle social de instâncias extrapenais.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBADE – 2017 – PC-AC – Delegado de Polícia) A sociedade pós-industrial foi denominada por Ulrich Beck como uma "sociedade do risco", ou uma "sociedade de riscos" (Risikogesellschaft). Com efeito, essa nova configuração social produz reflexos nas searas da teoria do bem jurídico-penal e dos princípios correlatos. Uma das consequências desse fenômeno é a chamada "administrativização" do direito penal, sobre a qual é correto falar que:

a) exclui do âmbito do direito penal os crimes contra a Administração Pública, cujas condutas lesivas doravante passam a ser regidas pelo direito sancionador.

b) reconhece a diferenciação entre os ilícitos penais e administrativos unicamente pelo aspecto quantitativo, sendo estes formas de injusto de menor reprovabilidade que aqueles.

c) tem como consequência a caracterização de diversos crimes como delitos de acumulação, ou seja, infrações penais que tutelam simultaneamente diferentes bens jurídicos decorrentes dos novos riscos sociais.

d) transforma tipos penais clássicos, como a desobediência e o desacato, em meros ilícitos administrativos.

e) é uma forma de expansão do direito penal, em que este, que normalmente reage a posteriori quanto ao fato lesivo individualmente delimitado, se converte em um direito de gestão punitiva de riscos gerais.

Gabarito: E.

3. NOVAS FORMAS DE TUTELA DOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS

Diante da dúvida e descrença por parte de parcela da doutrina acerca da eficácia da tutela penal em relação aos novos riscos, máxime diante da criminalidade econômica e ambiental, discute-se qual seria o melhor sistema jurídico para enfrentar esses novos desafios, ou seja, se o Direito Penal clássico, se um novo Direito Penal, se o Direito Administrativo e o Civil, ou, ainda, se uma terceira via, como o Direito de intervenção ou Direito sancionador.

3.1. Direito de intervenção

Na doutrina alemã, Winfried Hassemer (*Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 95) sustenta a necessidade da criação de um novo sistema para tutelar os novos bens jurídicos, chamado de **direito de intervenção.** Estaria situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Caracteriza-se pela aplicação de sanção de natureza não penal e pela flexibilização de garantias processuais, mas com julgamento afeto a uma autoridade judiciária e não a uma administrativa.

Hassemer critica o Direito Penal clássico como modo de controle da nova criminalidade em face de sua ineficácia, pois é voltado ao indivíduo e não aos atuais grupos, pessoas jurídicas e organizações sociais. Em relação ao Direito Administrativo, assevera que as autoridades administrativas não possuem independência necessária para aplicação das penalidades. Por isso, propõe a criação desse novo ramo (Direito de intervenção) para o combate da criminalidade moderna, voltado para o risco e não para o dano, de sorte que deve ser célere e de eficácia preventiva, já que os eventuais danos podem ser de grande dimensão.

3.2. Direito Penal de velocidades

Na Ciência Penal espanhola, Jesús-María Silva Sánchez (*A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, 2002, p. 144-147) propõe um dualismo do Direito Penal (primeira e segunda velocidades) para legitimar a sua expansão.

O chamado **Direito Penal de primeira velocidade** seria o conhecido Direito Penal clássico ("da prisão"), caracterizado pela morosidade, pois assegura todos os critérios clássicos de imputação e os princípios penais e processuais penais tradicionais, mas permite a aplicação da pena de prisão. Essa forma de Direito Penal deve ser utilizada quando houver lesão ou perigo concreto de lesão a um bem individual e, eventualmente, a um bem supraindividual.

Por sua vez, o **Direito Penal de segunda velocidade** seria o Direito Penal caracterizado pela possibilidade de flexibilização de garantias penais e processuais. Nesse âmbito, admite-se a criação de **crimes de perigo presumido** e de **crimes de acumulação.** No entanto, para esses delitos não se deve cominar a pena de prisão, mas sim as penas restritivas de direitos e pecuniárias.

Por último, o **Direito Penal de terceira velocidade** ou *Direito Penal da pena de prisão* seria marcado pela *"relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais"*. Sustenta que essa terceira velocidade existe no Direito Penal socioeconômico e que nesse caso deveria ser reconduzida a uma das duas outras velocidades (ob. cit., p. 148). Mas, por outro lado, não descarta a possibilidade de sobrar espaço a essa terceira velocidade, como nos casos de delinquência patrimonial profissional, de delinquência sexual violenta e reiterada, ou nos casos de criminalidade organizada e terrorismo.

Nessa perspectiva, aduz Sánchez que: "Sem negar que a 'terceira velocidade' do Direito Penal descreve um âmbito que se deveria aspirar a reduzir a mínima expressão, aqui se acolherá com reservas a opinião de que a existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas que as do Direito Penal da primeira velocidade, com certeza, é, em alguns âmbitos *excepcionais*, e por tempo limitado, inevitável" (ob. cit., p. 148-149). O **Direito Penal do inimigo** é uma das manifestações dessa terceira velocidade.

Sobre a **quarta velocidade do Direito Penal** (neopunitivismo), vide Capítulo I, item 2.8.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MS – 2018 – Promotor de Justiça) Assinale a alternativa correta: a) O denominado direito penal do inimigo, que tem como expoente Günther Jakobs, pode ser entendido como um direito penal de segunda velocidade, restringindo garantias penais e processuais. b) A terceira velocidade do direito penal, ligada à ideia de aplicação de penas alternativas, encontra amparo no ordenamento penal brasileiro na Lei n. 9.099/1995. c) A quarta velocidade do direito penal refere-se ao neopunitivismo, abrangendo aquelas pessoas que violaram tratados e convenções internacionais de direitos humanos, ostentando a condição de Chefes de Estado, devendo sofrer a incidência de normas internacionais. d) A teoria da primeira velocidade do direito penal, fundada no respeito às garantias individuais, tinha a ideia de um direito penal de mínima intervenção e sanções não privativas de liberdade. e) A ideia de velocidades do direito penal foi concebida e sistematizada pelo professor Manuel Cancio Meliá.

Gabarito: C.

Parte II

LEI PENAL E SUA APLICAÇÃO

Capítulo I ▸ Fontes do Direito Penal

Capítulo II ▸ Lei penal

Capítulo III ▸ Lei penal no tempo

Capítulo IV ▸ Lei penal no espaço

Capítulo V ▸ Disposições finais sobre a aplicação da lei penal

Capítulo 1

Fontes do Direito Penal

1. FONTES MATERIAIS (SUBSTANCIAIS OU DE PRODUÇÃO)

Fonte material é o órgão responsável pela declaração do Direito. Em nosso país, segundo o art. 22, I, da CF/88, compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal. Entretanto, o parágrafo único do referido artigo dispõe que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas de Direito Penal.

2. FONTES FORMAIS

Fontes formais ou de conhecimento são os meios pelos quais se exterioriza o direito.

2.1. Fonte formal imediata

Conforme a doutrina clássica, a **fonte formal imediata é a lei**, que pode ser entendida em sentido amplo ou estrito. Em sentido estrito (lei penal incriminadora), é a norma de Direito que manifesta a vontade do Estado na definição dos fatos proibidos e na cominação das sanções. Além destas, tem-se aquelas (sentido amplo) que completam o sistema penal com os seus princípios gerais e dispõem sobre a aplicação e os limites das normas incriminadoras.

2.2. Fontes formais mediatas

a) **Costumes:** são normas de conduta que as pessoas obedecem de maneira constante e uniforme com a convicção de sua obrigatoriedade. Se não houver essa convicção de obrigatoriedade, teremos apenas um hábito. Assim, são elementos do costume: **i) repetição da conduta (elemento objetivo); ii) convicção de obrigatoriedade (elemento subjetivo).** São espécies de costumes: costume *secundum legem* - é o costume interpretativo, o qual possui a função de auxiliar na interpretação da lei; costume *contra legem* ou negativo - é o costume que contraria a lei penal. O costume não prevalece sobre a lei; costume *praeter legem* - é o costume integrativo,

servindo para suprir a lacuna da lei. Saliente-se que o costume não pode definir crimes e suas sanções.

O costume não é fonte de normas incriminadoras. Mas, por outro lado, pode auxiliar em sua interpretação, como no caso da definição de certos elementos do tipo penal, tais como: honra, decoro, reputação, ato obsceno etc. Possui também aplicação em relação às leis penais não incriminadoras, como na interpretação de causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade.

b) **Princípios gerais do direito:** constituem orientações do pensamento jurídico e premissas éticas que inspiram a elaboração e a interpretação das normas. Em virtude do princípio da reserva legal, os princípios gerais não podem declarar a existência de algum crime, mas são admitidos em matéria penal, como, por exemplo, para se reconhecer uma causa supralegal de exclusão da ilicitude.

c) **Ato administrativo:** nas leis penais em branco em sentido estrito o complemento do preceito primário é formulado por meio de ato administrativo. Nesses casos, o ato é considerado fonte mediata do Direito Penal.

Obs.: alguns autores acrescentam como fonte mediata a **jurisprudência**. Com o surgimento da *súmula vinculante* (art. 103-A da CF/88 e Lei 11.417/2006), fortaleceu ainda mais essa posição de ser a jurisprudência, ao menos nessa hipótese, fonte de Direito Penal.

3. CONSTITUIÇÃO COMO LIMITE E FUNDAMENTO DO DIREITO PENAL

Sendo o espaço normativo do qual o legislador extrairá os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal, ou sendo o parâmetro com o qual o bem jurídico deverá se conformar, a Constituição acaba desempenhando um papel **limitador** ao legislador ordinário. Por outro lado, verifica-se a sua atuação como **fundamento** do Direito Penal, no sentido em que os bens jurídicos por ela reconhecidos devem ser tutelados pelo Direito Penal.

Atentos à importância da Constituição, em posicionamento moderno, Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina afirmam que as **fontes formais imediatas** são: Constituição, tratados de direitos humanos, leis e jurisprudência, ao passo que a **fonte formal mediata** é a doutrina (*Direito Penal. Parte Geral. Vol. 2*, p. 27). Os autores inserem, ainda, os costumes como **fontes informais**.

4. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

4.1. *Status* normativo

O art. 5º, § 3º, da CF/88 (com a redação dada pela EC nº 45/2004) passou a dispor que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três

quintos dos votos dos respectivos membros, serão **equivalentes às emendas constitucionais**".

Mesmo os tratados de direitos humanos que não se sujeitaram ao processo de aprovação referido no art. 5º, § 3º, da CF, possuem lugar de destaque em nosso ordenamento jurídico (estão acima da lei ordinária – ***status* supralegal**), conforme se deflui do próprio § 3º do art. 5º e de seu § 2º. Como bem destacou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto proferido no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP: "Se tivermos em mente que o Estado constitucional contemporâneo é também um estado cooperativo – identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais –, se levarmos isso em consideração, podemos concluir que acabamos de dar um importante passo na proteção dos direitos humanos em nosso país e em nossa comunidade latino-america".

4.2. Tratados como limite e fundamento do Direito Penal

Nesse quadro de relevo dos tratados internacionais de direitos humanos, estes, como a Constituição, devem funcionar como limite e fundamento para o legislador no processo de criminalização.

Quando se diz que os tratados passam a atuar como *limites*, significa sua função de garantia do indivíduo contra o poder estatal, uma vez que o Direito Penal não possui atuação livre, devendo observar os direitos fundamentais. Ademais, não se deve esquecer que o criminoso merece o devido tratamento de acordo com sua condição de ser humano.

Por outro lado, os tratados internacionais sobre direitos humanos passam a ser *fundamento* de validade para que os direitos humanos sejam reconhecidos como bens jurídicos sujeitos à proteção e promoção pela via penal.

Nessa perspectiva, verifica-se que o Brasil em vários tratados se comprometeu a criar crimes para promover a proteção dos direitos humanos.

Na Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994 (Promulgada pelo Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998), o Brasil se comprometeu a "adotar, em conformidade com seu direito interno, medidas eficazes para **prevenir e sancionar severamente** a ocorrência de tráfico internacional de menores definido nesta Convenção" (art. 7º).

Na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém Do Pará), os "Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: (...) b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; c) incorporar na sua legislação interna

normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis" (art. 7º).

Em relação à tortura, na Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (promulgada pelo Decreto nº 40, de 15.12.1991), "cada Estado Membro assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados **crimes** segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura" (art. 4º).

Ainda sobre a tortura, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (ratificada pelo Brasil em 20 de julho de 1989) prevê em seu art. 6º que "os Estados Membros tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição. Os Estados Membros assegurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados **delitos** em seu Direito Penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade. Os Estados Membros obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição".

Na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (Promulgada pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969), o Brasil se comprometeu: a declarar como **delitos** puníveis por lei qualquer difusão de ideias que estejam fundamentadas na superioridade ou ódio raciais, quaisquer incitamentos à discriminação racial, bem como atos de violência ou provocação destes atos, dirigidos contra qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também a assistência prestada a atividades racistas, incluindo seu financiamento (art. 4º, "a").

Nesse cenário, observa-se que os direitos humanos figuram com destaque em nosso Estado Constitucional, de sorte que se mostram merecedores de proteção pelo Direito Penal.

4.3. Controle de convencionalidade das leis

4.3.1. *Controle difuso de convencionalidade*

Se adotada a tese vencedora no Recurso Extraordinário 466.343-1 (tratados internacionais de direitos humanos com status supralegal) será possível a qualquer juiz ou tribunal exercer, pela via difusa, um **controle de convencionalidade**. Ou seja, a verificação de compatibilidade da legislação ordinária com o conteúdo dos tratados/convenções.

4.3.2. *Controle concentrado de convencionalidade*

No caso de os tratados internacionais de direitos humanos serem internalizados pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição (status de emenda constitucional), é possível o **controle de convencionalidade concentrado** (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Supraconstitucional*, 2010, p. 117).

Capítulo II

Lei penal

1. INTRODUÇÃO

Para Binding, com a sua teoria das normas formulada no século XIX, são distintos os conceitos de lei penal e norma. A **lei penal** descreve a conduta proibida (redação literal da lei), ao passo que a **norma** que o criminoso infringe é alheia ao Direito Penal (norma a ele dirigida que é distinta da que impõe a pena). Tomando como exemplo o art. 121 do Código Penal, a lei penal seria "matar alguém", ao passo que o agente viola a norma "não matarás". Binding não aceitava que a lei penal que comina a sanção fosse considerada como norma. Seria "uma proposição jurídica autorizadora, reguladora do nascimento, conteúdo e extinção da relação jurídico-penal" (PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito*, 2007, p. 44).

2. NORMA PRIMÁRIA E NORMA SECUNDÁRIA

A lei penal possui uma **norma primária** (aviso e proibição ao cidadão de "fazer ou não fazer algo") e uma **norma secundária** (dirigida ao juiz obrigando-o a aplicar a pena). Como bem assevera Puig (2007, p. 43) "ao cominar uma pena para o homicídio, o legislador pretende algo mais do que informar e punir: pretende proibir, sob a ameaça de pena, o homicídio".

A norma primária, por sua vez, apresenta dois aspectos: **a) imperativo (norma proibitiva ou mandamental); b) valorativo (bem jurídico tutelado).**

Exemplo: no art. 121 do CP a norma penal em seu aspecto valorativo é a vida; a norma penal em seu aspecto imperativo consiste na norma de proibição "não matarás" ou "é proibido matar".

3. CLASSIFICAÇÃO DA LEI PENAL

3.1. Leis penais incriminadoras e não incriminadoras

a) Leis penais incriminadoras: descrevem os fatos puníveis (preceito primário) e suas sanções (preceito secundário). Também são chamadas de leis penais em sentido estrito.

b) Leis penais não incriminadoras:

- *Leis penais permissivas*: são as que autorizam ou ordenam a prática de certos fatos típicos. Ex.: art. 23 do CP.
- *Leis penais exculpantes*: são as que excluem a culpabilidade de certos fatos típicos e ilícitos. Ex.: art. 26, *caput*, do CP.
- *Leis penais interpretativas*: são as que esclarecem o conteúdo de outras leis. Ex.: art. 327 do CP; art. 150, § 4º, do CP. Segundo a Lei n.º 13.104, de 09/03/2015 (publicada em 10/03/2015), considera-se *feminicídio* o homicídio "contra a mulher por razões da condição de sexo feminino" (art. 121, § 2º, VI, do CP). O § 2º-A traz uma lei interpretativa: "Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher".
- *Leis penais complementares*: são as que delimitam o âmbito de aplicação de outras leis. Ex.: art. 5º do CP.
- *Leis penais de extensão ou integrativas*: são utilizadas para que haja a tipicidade de certos fatos. Ex.: art. 14, II; art. 29 do CP.

3.2. Lei penal em branco (norma cega)

3.2.1. Conceito

A lei penal incriminadora possui: a) preceito primário, que descreve a conduta (ação ou omissão) ilícita; b) preceito secundário, que comina a sanção penal.

No entanto, algumas leis penais incriminadoras não possuem preceito primário completo, necessitando da complementação de seu conteúdo por meio de outra norma (integradora ou complementar). São as chamadas leis penais em branco. Segundo Binding, "a lei penal em branco é um corpo errante em busca de sua alma".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FMP - 2015 - DPE-PA - Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Leis penais em branco em sentido estrito são aquelas, cuja norma de complementação é oriunda da mesma fonte legislativa que editou a norma que necessita desse complemento".

(FCC - 2011 - MP-MS - Promotor de Justiça) Foi considerada correta a seguinte alternativa: "Norma penal em branco é aquela cujo preceito primário (descrição da conduta) é indeterminado quanto a seu conteúdo, porém determinável, e o preceito sancionador é sempre certo".

3.2.2. Lei penal em branco em sentido amplo (lato), imprópria ou homogênea

O complemento do preceito primário deve ser formulado pela *mesma instância legislativa* que formulou a lei penal em branco, isto é, pelo Poder Legislativo da União. Nada impede que o complemento se dê por lei estadual ou municipal, desde que sejam respeitadas as competências constitucionais (arts. 21 a 24 da CF). Exemplos:

- No crime de conhecimento prévio de impedimento (CP, art. 237 – Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena – detenção, de três meses a um ano) o preceito primário do tipo penal não elenca os impedimentos, que estão no Código Civil. Neste caso, o complemento é formulado pelo Poder Legislativo da União.
- O art. 62 da Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) prevê como crime as condutas de "Destruir, inutilizar ou deteriorar: I – bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial; II – arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial". Se o bem for tombado pelo município, a respectiva lei municipal servirá de complemento.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FMP – 2015 – DPE-PA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Leis penais em branco em sentido amplo são aquelas leis penais, cuja norma de complementação é oriunda de fonte diversa daquela que a editou".

3.2.2.1. *Lei penal em branco homovitelínea e heterovitelínea*

Para Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina (*Direito Penal. Parte Geral. Vol. 2*, p. 50), a lei penal em branco homogênea pode ser homovitelínea ou heterovitelínea. Esta subdivisão tem como referência a fonte de conhecimento (lei, decreto, regulamento etc.) e não a fonte de produção (Congresso, Senado, Presidente, Governador, Prefeito etc.).

Será **homovitelínea, homovitelina ou homóloga** quando a norma que a complementa for da mesma instância legislativa (Poder Legislativo) e estiver na mesma estrutura normativa da descrição típica. Ex.: o art. 304 do CP prevê como crime "Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302", ou seja, deve ser complementado pelos "papéis" que estão nos artigos 297 a 302 do mesmo Código Penal.

A lei penal homogênea **heterovitelínea, heterovitelina ou heteróloga** é aquela em que a norma complementar se origina da mesma instância legislativa (Poder Legislativo), mas se encontra em diversa estrutura normativa da descrição típica. Ou seja, a lei penal em branco é complementada por lei extrapenal. Ex.: o art. 184 do CP prevê como crime a violação dos direitos autorais, mas a definição desses direitos está em lei extrapenal.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

Foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas:

(MP-BA – 2015 – Promotor de Justiça) "A norma penal em branco própria homovitelina é aquela em que a norma incompleta e seu necessário complemento estão contidos na mesma estrutura legislativa".

(FUNIVERSA – 2015 – PC-DF – Delegado de Polícia) "A complementação da Lei de Drogas por portaria do Ministério da Saúde configura hipótese da chamada norma penal em branco homogênea heteróloga".

3.2.3. Lei penal em branco em sentido estrito, própria ou heterogênea

O complemento do preceito primário é formulado por instância legislativa diversa da que formulou a lei penal em branco, ou seja, por outra norma que não se origina do Poder Legislativo da União: ato administrativo da União, lei estadual, ato administrativo estadual, lei municipal etc.

Exemplos:

- No crime de tráfico ilícito de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06) o preceito primário do tipo penal não discrimina as espécies de drogas proibidas, de sorte que será necessária outra norma para completar o tipo penal. Trata-se de norma editada pelo Poder Executivo (instância diversa do Poder Legislativo) que, no caso, será a Portaria SVS/MS nº 344/98 (art. 66 da Lei de Drogas).
- No crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei nº 10.826/03) o preceito primário do tipo penal não especifica o que são armas de fogo de uso permitido. Neste caso, o complemento advém do Decreto nº 9.847/19 (cujo artigo 2º define armas de fogo de uso permitido, restrito e proibido).

CORONAVÍRUS

Durante a pandemia muito se falou a respeito do **crime de infração de medida sanitária preventiva**, previsto no **art. 268 do Código Penal**: "Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa". Trata-se de norma penal em branco, pois o tipo penal deve ser complementado pela *determinação do poder público* (lei, decreto, portaria etc.).

No caso do novo coronavírus, o artigo 268 vem complementado pela **Lei n. 13.979/2020**, que dispõe sobre "as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019". De acordo com o artigo 3º da referida legislação, "Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; III-A uso obrigatório de máscaras de proteção individual (...)".

Por sua vez, a **Portaria Interministerial n. 05/2020**, que trata da "compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020", refere que o descumprimento das medidas previstas no inciso I e nas alíneas 'a', 'b' e 'e' do inciso III do caput do art. 3º da Lei nº 13.979/20 poderá sujeitar os infratores às sanções penais previstas nos art. 268 e art. 330 do Código Penal, se o fato não constituir crime mais grave (art. 4º).

3.2.4. Leis penais em branco de complementação estática e de complementação dinâmica

Quando o próprio tipo penal já prevê a regra de complementação, trata-se de **norma penal em branco de complementação estática** (ou seja, o conteúdo já existe no ordenamento jurídico). Ex.: art. 40 da Lei n.º 9.605/98 ("Causar dano

direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 1º Entende-se por Unidades de Conservação de Proteção Integral as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e os Refúgios de Vida Silvestre").

Quando o tipo penal não prevê a regra de complementação, trata-se de **norma penal em branco de complementação dinâmica**. Ex.: art. 60 da Lei nº 9.605/98 ("Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes"). Deve-se verificar a licença ou autorização do órgão ambiental competente que foi descumprida, ou a norma legal ou regulamentar que foi violada.

3.2.5. Indicação da norma complementar violada

A denúncia deve indicar a norma complementar supostamente violada, sob pena de ofensa ao princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF). Nesse sentido: "(...) 3. Em se tratando de imputação de norma penal em branco, torna-se essencial ao exercício da ampla defesa a indicação das normas complementares supostamente violadas, inclusive para que a defesa possa se contrapor, produzindo provas de que cumpriu as exigências legais ou demonstrando que as exigências não se aplicam na espécie. 4. Entre os requisitos exigidos da denúncia (art. 41 do CPP) está a classificação do crime, ou seja, a sua definição jurídica, a indicação do dispositivo que torna típica a conduta imputada. A depender da figura típica, poderão incidir diferentes causas de diminuição ou variar a contagem do prazo prescricional, sendo nítido que a precisão na indicação da norma é essencial à higidez da inicial acusatória. Tal compreensão encontra aporte na jurisprudência desta Corte Superior, que, em casos envolvendo a imputação do delito descrito no art. 1º, I, da Lei n. 8.176/1991, trancou a ação penal por inépcia de denúncia em razão da falta de indicação da norma complementar. 5. In casu, reputada inepta a inicial acusatória pela falta de indicação da norma complementar do tipo do art. 1º, I, da Lei n. 8.176/1991" (STJ, 6ª T., HC 414918, j. 28/03/2019).

3.2.6. (In)constitucionalidade das leis penais em branco em sentido estrito

Existe divergência doutrinária acerca da constitucionalidade da lei penal em branco em sentido estrito. Orientações:

1ª) Ofende o princípio da legalidade, pois todo preceito primário deve estar definido em lei em sentido estrito. Além disso, há quem entenda que ela fere o princípio da taxatividade, princípio decorrente da legalidade, segundo o qual exige que os tipos penais sejam certos e não vagos, como ocorre se o tipo é incompleto.

2ª) Não ofende o princípio da legalidade, pois a lei define o núcleo essencial do tipo penal (conduta típica). Trata-se do posicionamento majoritário.

3.2.7. Lei penal em branco permissiva

De acordo com o art. 23 do Código Penal, não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

O estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito são leis penais em branco permissivas, ou seja, não incriminadoras, devendo-se buscar o respectivo complemento ("dever legal"; "direito") em outras normas (leis, decretos, portarias etc.).

3.2.8. Lei penal em branco inversa ou ao avesso

Chama-se de **lei penal em branco inversa, ao avesso, invertida ou ao revés (hipótese de lei penal incompleta)** a que possui **preceito secundário (cominação da pena) incompleto**. Seu preceito primário é completo, ao contrário da lei penal em branco.

O complemento do preceito secundário obrigatoriamente se dará por meio de outra lei (editada pelo próprio Poder Legislativo). Caso contrário, como "não há pena sem prévia cominação legal" (art. 5º, XXXIX, da CF e art. 1º do CP), haverá ofensa ao princípio da reserva legal.

Exemplo: no crime de genocídio (Lei n. 2.889/56) o preceito secundário é incompleto. Seu complemento está no Código Penal.

> Art. 1º. Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo. **Será punido: com as penas do artigo 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a; com as penas do artigo 129, § 2º, no caso da letra b; com as penas do artigo 270, no caso da letra c; com as penas do artigo 125, no caso da letra d; com as penas do artigo 148, no caso da letra e.**

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDEP - 2018 - MP-MG - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Norma penal em branco ao revés (ou invertida) é aquela em que a complementação se dá no preceito sancionador e não no mandamento proibitivo".

(FMP - 2015 - DPE-PA - Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No crime de uso de documento falso, o Código Penal brasileiro emprega a técnica de leis penais em branco ao revés, isto é, daquelas leis penais que remetem a outras normas incriminadoras para especificação da pena".

(CESPE - 2009 - PGE-PA - Procurador do Estado) Foi considerada *correta* a seguinte afirmativa: "A lei penal em branco inversa ou ao avesso é aquela em que o preceito primário é completo, mas o secundário reclama complementação, que deve ser realizado obrigatoriamente por uma lei, sob pena de violação ao princípio da reserva legal".

Obs.: para alguns autores, **"lei penal incompleta"** é gênero do qual decorrem três espécies: 1) lei penal em branco; 2) lei penal em branco ao avesso; 3) tipos abertos. Para outros, **"lei penal incompleta"** seria sinônimo de lei penal em branco ao avesso.

4. CARACTERÍSTICAS DA LEI PENAL

a) **Exclusividade:** somente a lei penal pode definir crimes e suas sanções.

b) **Imperatividade:** possibilidade de aplicação da sanção a quem descumprir seu mandamento.

c) **Impessoalidade:** em regra, a lei não é criada para ser aplicada a um fato concreto. Dirige-se abstratamente a fatos futuros. Como exceção, pode-se citar a anistia e a *abolitio criminis*.

d) **Generalidade:** o preceito primário da lei penal dirige-se a todas as pessoas. O preceito secundário (sanções) dirige-se também a todos, mas especificamente aos juízes, encarregados de sua aplicação.

5. LEI PENAL E PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

Para legitimar o processo de criminalização de qualquer fato deverá o legislador observar os princípios penais, político-criminais e aspectos criminológicos. Segundo informa a doutrina, o legislador deve ficar atento ao **merecimento** (bem jurídico com dignidade penal) e à **necessidade** da tutela penal.

5.1. Merecimento de tutela penal

Não há precisão acerca do conceito de bem jurídico, mas apenas aproximações. Figueiredo Dias define bem jurídico como a "expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso" (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*, 2001, p. 43).

Segundo Andrade, a *dignidade penal* é "a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade" (ANDRADE, Manuel da Costa. *A Dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime*,1992, p. 184). O Direito Penal deve tutelar os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade e, mesmo assim, somente em relação aos ataques mais intoleráveis (princípio da fragmentariedade).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O merecimento de pena, ou dignidade penal, é um critério alternativo para a consideração da afetação do bem jurídico, cuja utilização substitui a tipicidade material e a antijuridicidade concreta".

5.2. Necessidade e adequação da tutela penal

Independentemente da escolha dos bens jurídicos considerados relevantes para a sociedade (*dignidade penal*) e da análise da ofensividade da conduta, ainda é imprescindível para a legitimidade da tutela penal uma verificação de sua *necessidade*. O Direito Penal só deve atuar de forma subsidiária, isto é, quando insuficientes as outras formas de controle social (princípio da subsidiariedade). Nesse sentido, assinala Figueiredo Dias (2001, p. 58): "Uma vez que o Direito Penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas, ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios de política social, em particular da política jurídica, se revelem *insuficientes* e *inadequados*. Quando assim não aconteça aquela intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob a precisa forma de violação da *proibição de excesso*".

Aqui entra o papel da criminologia (ciência das causas do crime e de sua criminalidade), e, por conseguinte, da política criminal, na definição de estratégias de controle social na busca da proteção do bem jurídico.

Para a tutela de bens jurídicos o Estado pode se valer de estratégias penais e extrapenais. Somente justifica a tutela penal na hipótese de serem ineficientes os demais meios de controle social. Não se discute a dificuldade encontrada pelo legislador de averiguar se o Direito Penal está sendo utilizado como *ultima ratio*. No entanto, nada impede que, criado um tipo penal, seja posteriormente verificado que sua aplicação se mostra desnecessária diante da eficácia de outros modos de controle social, caso em que deverá o legislador descriminalizar a conduta, ou mesmo o próprio Judiciário, no controle da constitucionalidade das normas penais, deve declarar a sua invalidade, sob o fundamento da violação do princípio da proporcionalidade em seu aspecto *necessidade*.

Por outro lado, deve ser analisada a *adequação* da tutela penal. Como bem argumenta Bianchini: "Deve-se observar que existem bens jurídicos, os quais, apesar de serem merecedores de tutela penal e de não poderem ser protegidos por outros meios de controle social, portanto não dispensarem a utilização da via repressiva, também nela não encontram possibilidade de proteção - inexistindo eficácia - ou, então, demandam custos mais elevados do que os benefícios por ela trazidos - não se fazendo adequada" (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*, 2002, p. 109-110).

A adequação analisa se a tutela penal é apta (abstratamente) para atingir a sua finalidade e se os meios utilizados para consecução dos fins não extrapolam os limites do tolerável (meios autorizados pela Constituição).

Saliente-se que a adequação não se confunde com a *eficácia*, visto que esta somente tem lugar quando da verificação concreta dos efeitos da medida penal, ou seja, se verifica na demonstração, em concreto, de ser a tutela penal apta para servir aos fins a que foi instituída. A adequação, como acima exposto, se verifica na demonstração, em abstrato, de ser a tutela penal apta para atingir os seus fins.

Com base em tais considerações, pode ser afirmado que o Estado, ao utilizar como estratégia político-criminal o controle social pela via penal, deverá observar os princípios penais, político-criminais e aspectos sociológicos no processo de criminalização. Optando pela tutela através de leis penais incriminadoras sem a observância desses postulados, máxime não conseguindo cumprir a finalidade para a qual a lei foi elaborada, deverá haver uma postura mais rígida e corajosa do Poder Judiciário no sentido de realizar um controle de constitucionalidade dessas leis penais vigentes, tanto pela via abstrata quanto pela difusa.

6. LEI PENAL E MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO

A Constituição não define crimes nem comina penas, pois essa tarefa compete ao legislador infraconstitucional por meio de lei em sentido estrito (princípio da legalidade penal). Porém, muitas Constituições modernas impõem certas criminalizações, situação denominada de mandados ou obrigações constitucionais de criminalização.

6.1. Mandados constitucionais de criminalização expressos

A Constituição determina ao legislador infraconstitucional a criação de certos crimes. *Exemplos:*

> **CF, art. 5, XLI** – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
>
> **CF, art. 5, XLII** – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
>
> **CF, art. 5, XLIII** – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
>
> **CF, art. 5, XLIV** – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Nestes casos, predomina na doutrina que o legislador está vinculado à determinação constitucional, de sorte que não poderá esquivar-se da obrigação imposta, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Por outro lado, em posição minoritária, e mais correta a nosso sentir, deve ser registrado que o legislador precisa analisar o *merecimento* e a *necessidade* de tutela do bem jurídico para criar um crime. Quando a Constituição determina que o legislador criminalize a conduta, já existe uma certeza da relevância do bem jurídico e, portanto, do merecimento de tutela. Porém, o legislador não perde a liberdade para analisar a *necessidade* de tutela daquele bem jurídico relevante, uma vez que o Direito Penal deve ser a última forma de controle social (Direito Penal de *ultima ratio*).

6.2. Mandados constitucionais de criminalização implícitos

Alguns autores sustentam que, ao lado das obrigações expressas de criminalização, existem as obrigações implícitas. Isso decorre do nosso sistema jurídico de proteção dos direitos humanos. Como as normas constitucionais são dotadas de eficácia, o legislador possui o **dever de proteção eficiente (imperativos de tutela)** dos direitos fundamentais, que podem ser tidos como bens jurídicos relevantes e merecedores de tutela penal. Ex.: se o legislador, sem qualquer razão, decide descriminalizar o homicídio, estará deixando de cumprir seu dever de proteção do direito fundamental à vida, de sorte que essa lei poderá ser considerada inconstitucional. Como também seria inconstitucional, pela deficiência da proteção, uma nova lei que cominasse ao homicídio pena de um a dois meses.

Palazzo cita o exemplo do delito de blasfêmia em que a Corte constitucional italiana (decisão nº 14, de 27 de fevereiro de 1973) afirmou que "para a plena atuação do princípio constitucional de liberdade de religião, o legislador deve estender a tutela penal contra o ultraje ao sentimento religioso dos indivíduos pertencentes a confissões religiosas diversas da católica" (PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*, 1989, p. 106).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MS – 2011 – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "O que são mandados de criminalização? Existem mandados de criminalização implícitos?"

(MP-GO – 2009 – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "Explique o que são os denominados mandados constitucionais expressos e tácitos de criminalização".

Por fim, pode-se concluir que dos **mandados constitucionais de criminalização** decorre a diminuição da liberdade de conformação do legislador e de interpretação do julgador, no sentido de evitarem normas ou interpretações que ensejam insuficiente promoção dos deveres de proteção do Estado, justamente em razão do princípio da proporcionalidade em sua vertente de garantismo positivo (proibição da proteção deficiente). Sobre o tema, vide: 1) STF: RE 418.376, voto do Ministro Gilmar Mendes; 2) petição inicial na ADI 4301 e na ADI 4424.

7. LEI PENAL E TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Em geral, os tratados internacionais de direitos humanos não definem crimes, papel outorgado ao legislador interno de cada país. Entretanto, como visto, muitos TIDH obrigam os Estados Partes a criminalizarem certas condutas. São verdadeiros **"mandados convencionais de criminalização"**.

Os TIDH, como bem observam Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, podem definir crimes e cominar penas "quando cuidam das relações do indivíduo com o Direito Internacional penal (o Tratado de Roma, por exemplo, define os crimes contra a humanidade, crimes de guerra etc., que são julgados pelo Tribunal Penal Internacional). Mas não podem definir crimes e penas nas relações do indivíduo com o Estado soberano brasileiro" (*Direito Penal. Parte Geral. Vol. 2*, p. 27).

8. LEI PENAL: VIGÊNCIA E VALIDADE

Os crimes são definidos por meio da lei penal. Todavia, não basta a simples legalidade sob o aspecto formal, ou seja, tipo penal criado por lei emanada do Poder Legislativo em observância ao devido procedimento legislativo. Isso porque deve haver a conformidade da lei penal com o quadro valorativo acolhido pela Constituição Federal e pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, de modo a amparar a sua *validade* sob o aspecto material. A lei pode ter vigência e seu conteúdo não ser compatível com a Constituição, merecendo, assim, ser revogada ou declarada inconstitucional.

No que tange ao tema *validade* da norma, acentua Ferrajoli: "Chamarei de '*vigência*' a validade apenas *formal* das normas tal qual resulta da regularidade do *ato normativo*; e limitarei o uso da palavra '*validade*' à validade também *material* das normas produzidas, quer dizer, dos seus significados ou conteúdos normativos (...). Uma norma existe, está vigente ou pertence ao direito positivo não só se é válida e ineficaz, quer dizer, não aplicada, senão também se é inválida e eficaz, pelo menos até que se declare sua invalidade. O conceito de 'vigência' tem, em suma, um significado mais amplo do que o de 'validade' e de 'eficácia', e é predicável com independência de um e de outro, embora talvez não com independência dos dois ao mesmo tempo" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2006, p. 330-331).

9. INTERPRETAÇÃO DAS LEIS PENAIS

Interpretar é buscar o sentido e alcance da lei. Conforme Carlos Maximiliano, interpretar significa "determinar o sentido e o alcance das expressões do direito" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 01). Assevera, ainda, que "interpretar é explicar, esclarecer; dar significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém" (ob. cit., p. 07). Ressalte-se, ainda, que predominou na doutrina a tese que a interpretação busca a *vontade da lei* e não a *vontade do legislador*. Como realça Francesco Ferrara (*Como Aplicar e Interpretar as Leis*, p. 29), "A lei é expressão da vontade do Estado, e tal vontade persiste de modo autônomo, destacada do complexo dos pensamentos e das tendências que animaram as pessoas que contribuíram para a sua emanação".

Pela hermenêutica clássica, a interpretação das leis pode ser analisada quanto às fontes (origem ou sujeito), aos meios que emprega e aos resultados. Carlos Maximiliano (ob. cit., p. 87) critica essa subdivisão, afirmando que a interpretação não se fraciona, mas sim se exercita por *processos ou elementos* (processo gramatical e processo lógico).

9.1. Classificação quanto à origem ou quanto ao sujeito

a) ***Interpretação autêntica:*** realizada pelo próprio legislador. Pode ocorrer no próprio texto da lei (interpretação autêntica *contextual*) ou mediante uma lei editada posteriormente à norma em que se dará a devida interpretação (interpretação autêntica *posterior*).

▸ **Importante:**

A exposição de motivos do CP, embora possa auxiliar a interpretação, não se trata de interpretação autêntica contextual.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2018 – PC-SP – Delegado de Polícia) Prescreve o art. 327 do CP: "Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública." Tal norma traduz exemplo de interpretação: a) científica. b) autêntica. c) extensiva. d) doutrinária. e) analógica.

Gabarito: B

(CESPE – 2008 – STF – Analista Judiciário) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A exposição de motivos do CP é típico exemplo de interpretação autêntica contextual".

b) ***Interpretação judiciária ou jurisprudencial:*** realizada pelos juízes e tribunais ao aplicar a norma aos casos concretos.

c) ***Interpretação doutrinária:*** realizada pela doutrina, ou seja, pelos teóricos do direito. A exposição de motivos do Código Penal se trata de uma interpretação doutrinária.

9.2. Classificação quanto aos meios

a) ***Interpretação gramatical ou literal:*** verifica-se o significado literal das palavras, mediante o emprego de meios gramaticais e etimológicos.

b) ***Interpretação lógica:*** busca o sentido da lei utilizando raciocínio dedutivo.

c) ***Interpretação teleológica:*** busca a finalidade da lei.

d) ***Interpretação sistemática:*** investiga a coerência entre a lei interpretada e as demais leis que compõem o sistema.

e) ***Interpretação histórica:*** investiga as condições e os fundamentos de sua origem (analisa-se: a sociedade da época da elaboração da lei, a justificativa apresentada no projeto de lei; as discussões parlamentares etc.).

9.3. Classificação quanto ao resultado

a) ***Interpretação declarativa:*** a letra da lei corresponde ao seu significado ou sentido. Não haverá restrição nem ampliação do seu alcance.

b) ***Interpretação restritiva:*** não há correspondência entre o texto da lei e sua vontade. A letra da lei diz mais que o seu real sentido. O alcance da lei deve ser restringido para alcançar sua vontade.

c) ***Interpretação extensiva:*** não há correspondência entre o texto da lei e sua vontade. A letra da lei diz menos que sua vontade. Assim, o alcance da lei deve ser ampliado para alcançar a sua vontade.

Questão: é possível interpretação extensiva em relação às leis penais incriminadoras? **1ª posição:** as leis penais incriminadoras devem ser interpretadas restritivamente, ao passo que as leis penais permissivas se interpretam

extensivamente, segundo o adágio *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*. Argumenta-se, ainda, o princípio *in dubio pro reo*, como regra geral interpretativa; **2ª posição:** pode-se utilizar a interpretação extensiva. É um erro afirmar, desde o início, que o resultado da interpretação deve ser favorável ao agente. Como a finalidade da interpretação é apontar a vontade da lei, só depois do emprego de seus meios surgirá o resultado. Seguindo essa segunda posição, o STJ interpretou o tipo penal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.850/13 (*Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa*) no sentido de que **a elementar *investigação* não se restringe ao inquérito policial, podendo abranger toda a persecução penal.** Vejamos: "A tese de que a investigação criminal descrita no art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.850/13 cinge-se à fase do inquérito, não deve prosperar, eis que as investigações se prolongam durante toda a persecução criminal, que abarca tanto o inquérito policial quanto a ação penal deflagrada pelo recebimento da denúncia. Com efeito, não havendo o legislador inserido no tipo a expressão estrita "inquérito policial", compreende-se ter conferido à investigação de infração penal o sentido de persecução penal, até porque carece de razoabilidade punir mais severamente a obstrução das investigações do inquérito do que a obstrução da ação penal. Ademais, sabe-se que muitas diligências realizadas no âmbito policial possuem o contraditório diferido, de tal sorte que não é possível tratar inquérito e ação penal como dois momentos absolutamente independentes da persecução penal" (STJ, 5ª T., HC 487.962, j. 28/05/2019).

9.4. Interpretação analógica (*intra legem*)

O texto da lei abrange uma cláusula genérica logo em seguida de uma fórmula casuística, sendo que a cláusula genérica deve ser interpretada e compreendida segundo os casos análogos descritos (fórmula casuística). Exemplos:

- O homicídio passa a ser qualificado se for cometido mediante paga ou promessa de recompensa (art. 121, § 2º, I). Matar alguém em razão de recompensa é um motivo torpe especificado pela lei (fórmula casuística). Na parte final da redação do art. 121, § 2º, I, consta que também qualifica o homicídio se for cometido "por outro motivo torpe".
- Art. 121, § 2º, III: *fórmula casuística*: "com emprego de veneno, fogo explosivo, asfixia, tortura"; *fórmula genérica*: "outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum".

Obs.: na analogia, a lei não possui a pretensão de aplicar seu conteúdo a casos análogos (aplicação analógica), mas acaba sendo utilizada como forma de integração. Assim, cuidado para que não haja confusão entre as expressões **interpretação analógica** e **aplicação analógica** (integração do ordenamento jurídico).

10. ANALOGIA (ARGUMENTO ANALÓGICO OU APLICAÇÃO ANALÓGICA)

Não se trata de interpretação, mas sim de uma forma de autointegração da lei para suprir lacunas. Consiste na aplicação de lei que regula certo fato a outro semelhante. Na analogia, a lei não possui a pretensão de aplicar seu conteúdo

a casos análogos, mas acaba sendo utilizada como forma de integração, já que o fato semelhante não é previsto em lei. Possui como fundamento o adágio *ubi eadem ratio, ibi eadem jus*, ou seja, onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo dispositivo de lei.

São espécies de analogia:

a) **Analogia *legis* ou legal:** faz-se a aplicação da analogia tendo por base outra disposição legal que regula caso semelhante.

b) **Analogia *juris* ou jurídica:** faz-se a aplicação da analogia tendo por base, ao invés de outra disposição legal que regula caso semelhante, um princípio geral do direito.

c) **Analogia *in bonam partem*:** aplica-se ao caso omisso uma lei em benefício ao réu. É possível a sua aplicação no âmbito penal.

d) **analogia *in malam partem*:** seria a aplicação ao caso omisso de uma lei prejudicial ao réu. Não se aplica no âmbito do Direito Penal. Exemplos:

- "O crime de associação para o tráfico não integra o rol legal de crimes equiparados a hediondos, previsto na Lei n.º 8.072/90, sendo impossível a analogia *in malam partem* com o fito de considerá-lo delito dessa natureza" (STJ, 6ª T., HC 182882, j. 13/03/2012).
- *Crime de dano qualificado contra o Distrito Federal, antes da vigência da Lei n. 13.531/2017:* "1. O Direito Penal é regido pelo princípio da legalidade, não havendo crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e do artigo 2º do Código Penal. 2. Em observância ao mencionado postulado, não se admite o recurso à analogia em matéria penal quando esta for utilizada de modo a prejudicar o réu. Doutrina. Precedentes. 3. No caso dos autos, o recorrente teria danificado patrimônio do Distrito Federal, ente federativo cujos bens não se encontram expressamente abrangidos nos previstos no inciso III do parágrafo único do artigo 163 do Código Penal. 4. Ainda que com a previsão da forma qualificada do dano o legislador tenha pretendido proteger o patrimônio público de forma geral, e mesmo que a destruição ou a inutilização de bens distritais seja tão prejudicial quanto as cometidas em face das demais pessoas jurídicas de direito público interno mencionadas na norma penal incriminadora em exame, o certo é que, como visto, não se admite analogia in malam partem no Direito Penal, de modo que não é possível incluir o Distrito Federal no rol constante do dispositivo em apreço" (STJ, 5ª T., HC 308.441, j. 23/08/2016).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – PRF – Policial Rodoviário Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A norma penal deve ser instituída por lei em sentido estrito, razão por que é proibida, em caráter absoluto, a analogia no direito penal, seja para criar tipo penal incriminador, seja para fundamentar ou alterar a pena".

(UEG – 2018 – PC-GO – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Admite-se a aplicação da analogia *in malam partem* no Direito Penal".

Capítulo III

Lei penal no tempo

1. TEMPO DO CRIME (*TEMPUS COMMISSI DELICTI*)

1.1. Introdução

É importante a fixação do tempo em que o delito se considera praticado para, entre outras coisas, sabermos a lei que deve ser aplicada e estabelecermos a imputabilidade do sujeito. Três teorias acerca do tema se destacam: teorias da atividade, do resultado e mista.

1.2. Teorias

a) **Teoria da atividade:** considera praticado o crime no momento da conduta (ação ou omissão), ainda que outro seja o momento do resultado. O CP adotou esta teoria (art. 4º). *Exemplo:* 'A', com a intenção de matar, desfere uma facada em 'B'. Logo em seguida é interrompido por terceiros. 'B' é levado ao hospital, mas não suporta os ferimentos sofridos e morre cinco dias após as facadas. O crime foi praticado (tempo do crime) no dia da facada e não no dia da morte (momento da consumação).

b) **Teoria do resultado:** considera o momento da produção do resultado.

c) **Teoria mista:** considera tanto o momento da conduta como o do resultado.

▸ **Importante:**

Crime permanente e imputabilidade. Se uma pessoa menor de 18 anos inicia a prática de um crime permanente (ex.: sequestro) e atinge a maioridade enquanto não cessada a permanência, aplica-se a legislação penal, tendo em vista que passou a ser imputável durante a prática da conduta.

Crime continuado e imputabilidade. Se alguém praticar dois atos infracionais da mesma espécie (ex.: furto) e outros dois furtos já quando maior de 18 anos, as duas primeiras condutas não serão consideradas para fim de reconhecimento de crime continuado.

Fixação da imputabilidade (tempo da conduta). Se um menor de 18 anos desfere facadas na vítima que vem a falecer dias depois, ocasião em que já atingiu a maioridade, aplica-se o Estatuto da Criança e do Adolescente e não o Código Penal, tendo em vista que o ato infracional foi praticado na época em que era inimputável (momento da conduta).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(Inst. Acesso – 2019 – PC-ES – Delegado de Polícia) Tício, morador do Rio de Janeiro, começou a namorar Gabriela, uma jovem moradora da cidade de São Paulo. Com o passar do tempo e os efeitos da distância, Tício, motivado por ciúmes, resolveu tirar a vida de Gabriela. Pôs-se então a planejar a prática do crime em sua casa, no Rio de Janeiro, tendo adquirido uma faca, instrumento com o qual planejou executar o crime. No dia em que seguiu para São Paulo para encontrar Gabriela, que lhe o esperava na rodoviária, Tício combinou com a jovem uma viagem a passeio para o Espírito Santo. Ao ingressarem no ônibus que os levaria de São Paulo para o Espírito Santo, Tício afirmou para Gabriela que iria matá-la. Todavia, dada a calma de Tício, a jovem achou que se tratava de uma brincadeira. Durante o trajeto, Tício, ofereceu a ela uma bebida contendo substância que causava a perda dos sentidos. Após Gabriela beber e dormir, sob efeito da substância, enquanto passavam pela BR-101, no Rio de Janeiro, Tício passou a desferir golpes com a faca no peito da jovem. Quando chegou ao destino, Tício se entregou para polícia, e Gabriela, embora tenha sido socorrida, veio a óbito ao chegar ao Hospital. O crime descrito no texto foi praticado, de acordo com a lei penal, no momento: a) da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. Trata-se, portanto, do momento em que Tício desferiu os golpes em Gabriela. b) em que o agente se prepara para a promoção da conduta criminosa. Ou seja, trata-se do momento em que Tício planejou e adquiriu as ferramentas necessárias ao cometimento do crime. c) em que a autoridade policial toma conhecimento do crime. Ou seja, quando Tício se entregou para a polícia. d) em que é alcançada a consumação do crime. Trata-se, portanto, do momento da morte de Gabriela, que ocorreu no hospital. e) da ação ou omissão, se este for concomitante ao resultado. Não sendo possível determiná-lo, no presente caso, em razão da separação temporal entre a conduta e o resultado. **Gabarito: A.**

(CESPE – 2016 – TJ-DFT – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O direito penal, quanto ao tempo do crime, considera praticado o crime no momento do seu resultado".

(VUNESP – 2015 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O Código Penal Brasileiro adotou a teoria do resultado para aferição do tempo do crime, conforme se depreende do art. 4º do mencionado Código".

(TJ-RS – 2009 – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Fica sujeito ao Código Penal, e não às normas estabelecidas na legislação especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, o agente que, com dezessete anos e onze meses de idade, a tiros de revólver, atinge a região abdominal de seu desafeto, vindo o ofendido a falecer quarenta e cinco dias após em consequência das lesões recebidas".

2. VIGÊNCIA DA LEI PENAL

Da mesma forma que as demais leis, a lei penal está sujeita, quanto à sua obrigatoriedade e efetiva vigência, às mesmas regras de publicação oficial e decurso do prazo de *vacatio*. Igualmente, pode ser revogada totalmente (abrogação) ou parcialmente (derrogação).

Em regra, os fatos praticados na vigência de uma lei devem ser por ela regidos (*tempus regit actum*). Como exceção à regra, é prevista a **extra-atividade da lei penal mais benéfica** (CF, art. 5º, XL, e CP, art. 2º), possibilitando a sua **retroatividade** (aplicação da lei penal a fato ocorrido antes de sua vigência) ou a sua

ultra-atividade (aplicação da lei após a sua revogação, mas a fato ocorrido durante a sua vigência), desde que ainda não esgotadas as consequências jurídicas do fato.

A lei processual penal, por sua vez, possui aplicação imediata (CPP, art. 2º), independente de ser mais severa. Em relação às normas concernentes à prisão provisória prevalece o entendimento de que se trata de norma processual. Na hipótese de a lei possuir conteúdo penal e processual (norma híbrida), deve prevalecer a parte penal, de sorte que segue a garantia da não retroatividade, salvo se mais benéfica.

3. CONFLITO DE LEIS PENAIS NO TEMPO

3.1. Introdução

A lei penal poderá sofrer alteração sem que tenham sido esgotadas as consequências jurídicas da infração, surgindo um conflito de leis penais no tempo. Pode ocorrer que um crime seja iniciado sob a vigência de uma lei e se ver consumado sob a de outra; pode um crime ser praticado sob a vigência de uma lei e ser a sentença condenatória proferida sob a vigência de outra (que alterou o limite da pena); na fase de execução da pena pode surgir lei nova fixando pena mais benévola para o mesmo crime.

Este conflito de leis penais é solucionado pelo art. 5º, XL, da CF: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Dessa norma constitucional extraem-se os seguintes princípios: ***princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa; princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.***

Obs.: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, dispõe em seu artigo 9º sobre o princípio da legalidade e da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Podemos ter as seguintes situações de conflito: 1) lei nova mais severa; 2) lei nova mais benéfica; 3) *abolitio criminis*; 4) lei nova incriminadora.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(Inst. Acesso – 2019 – PC-ES – Delegado de Polícia) "Chamamos de extra-atividade a capacidade que tem a lei penal de se movimentar no tempo regulando fatos ocorridos durante sua vigência, mesmo depois de ter sido revogada, ou de retroagir no tempo, a fim de regular situações ocorridas anteriormente à sua vigência". (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. vol. 1. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 159). Segundo esse autor a extra-atividade é gênero do qual seriam espécies a ultra-atividade e a retroatividade. Leia as afirmativas a seguir e marque a alternativa correta: a) A garantia penal positivada na Constituição Federal brasileira (1988) promove a retroatividade da lei penal mais benéfica quando o condenado, por uma conduta típica, apresenta residência fixa, após cometimento do ilícito penal. b) A lei penal possui ultra-atividade, nos casos em que, mesmo após sua revogação por lei mais gravosa, continua sendo válida em relação aos efeitos penais mais brandos da

lei que era vigente no momento da prática delitiva. c) A aplicação da irretroatividade em direito penal funciona como garantia legal do ius puniendi que pretende auferir a punição mais gravosa ao condenado. d) A ultra-atividade da lei penal funciona como mecanismo de endurecimento da norma penal, ao passo que funciona como técnica de resolução de conflito para aplicação de um direito penal punitivo. e) A figura da ultra-atividade da norma penal realiza o objetivo de garantir a condenação do réu pela norma penal vigente na prática da conduta delitiva, com o principal objetivo de promover a segurança jurídica em âmbito penal.

Gabarito: B.

(UEG - 2018 - PC-GO - Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A retroatividade de lei penal benéfica ao réu é expressamente prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos".

3.2. Lei nova mais severa (*novatio legis in pejus - lex gravior*)

A *lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*. A lei nova mais grave não pode ser aplicada aos fatos ocorridos antes de sua vigência (princípio da irretroatividade da lei nova mais severa).

Sendo a lei nova mais severa, os fatos praticados antes de sua vigência serão regulados pela lei revogada, que possuirá ultra-atividade. Exemplos:

- Em agosto de 2017 um homem ejaculou no pescoço de uma passageira, dentro de um ônibus que circulava em São Paulo. Como o crime de importunação sexual ("Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 a 5 anos, se o ato não constitui crime mais grave") somente foi criado em setembro de 2018, pela Lei n. 13.718/18, não poderá haver a retroatividade. Entendeu-se à época estar caracterizada a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor ("Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena - multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis"), a qual, não obstante tenha sido expressamente revogada pela Lei n. 13.718/18, pode ser aplicada ao caso concreto por força da ultra-atividade.

- A Lei n. 13.531, de 07/12/2017, alterou a qualificadora do art. 163, III, do CP. Antes era considerado **dano qualificado** se cometido contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista. Com a nova lei, inseriu-se *Distrito Federal, autarquia, fundação pública e empresa pública*. Assim, se praticado contra uma dessas pessoas inseridas e antes da vigência da Lei 13.531/2017, não poderá ser considerado qualificado. Nesse sentido: "No caso dos autos, o recorrente teria danificado patrimônio do Distrito Federal, ente federativo cujos bens não se encontram expressamente abrangidos nos previstos no inciso III do parágrafo único do artigo 163 do Código Penal" (STJ, 5ª T., HC 308.441, j. 23/08/2016). A Lei n. 13.531/2017 também alterou a qualificadora disposta no § 6º do art. 180 (receptação) para inserir *Distrito Federal, autarquia, fundação pública e empresa pública*.

- A Lei n. 13.968, de 26/12/2019, alterou o art. 122 do Código Penal. Com a nova redação, o crime se consuma com a prática de uma das condutas típicas (induzir, instigar ou prestar auxílio), independentemente de a vítima vir a cometer o suicídio ou resultar lesão leve, grave ou gravíssima. Na redação anterior, se não resultasse em morte ou lesão grave, o agente não era punido.
- A Lei nº 13.771, de 19/12/2018, com vigência a partir de 20/12/2018 (data da publicação no DOU), alterou o § 7º do art. 121, inserindo novas causas de aumento. No inciso II, que trata de vítima em situação de vulnerabilidade ou condição limitante, foram inseridas novas formas (vítima *portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental*). No inciso III, o legislador, para evitar divergência no momento de interpretação e aplicação da lei, deixou expresso que é mais reprovável o cometimento do crime de feminicídio na presença de descendente ou de ascendente da vítima tanto na presença *física* quanto na presença *virtual*. Assim, é possível que o agente, diante de uma webcam, pratique o delito e incida a majorante. O inciso IV inseriu uma causa de aumento nova (*em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*). Uma das justificativas do projeto de lei para o inciso IV foi a omissão do Poder Judiciário em relação ao descumprimento da medida protetiva quando ocorria também feminicídio, já que era considerado apenas o crime (de feminicídio), sem levar em conta a situação de o agente ter deixado de cumprir a medida protetiva.

QUESTÃO: FEMINICÍDIO

FATO: João matou Maria (30 anos de idade) por razões da condição de sexo feminino (feminicídio). Dois dias antes, o juiz havia aplicado medida protetiva de urgência ao agressor João, consistente na proibição de aproximação da ofendida Maria (art. 22, III, a, da Lei n. 11.340/06).

PERGUNTA-SE: aplica-se a nova causa de aumento do § 7º, inciso IV, inserido pela Lei n. 13.771/2018 (em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006)?

RESPOSTA:

➢ Se o crime foi praticado na vigência da lei nova: João responderá por feminicídio, com a incidência da nova causa de aumento do § 7º, inciso IV. Neste caso, João não responderá pelo crime do art. 24-A da Lei Maria da Penha, pois seria caso de *bis in idem*.

➢ Se o crime foi praticado antes da vigência da nova lei: João responderá por feminicídio, mas sem a incidência da nova causa de aumento do inciso IV do § 7º do artigo 121 do Código Penal, por se tratar de lei nova mais severa e, como tal, irretroativa. Porém, responderá também pelo crime do art. 24-A da Lei n. 11.340/06 (crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência).

Obs.: A Lei nº 13.440, de 08/05/2017, deu nova redação ao preceito secundário do art. 244-A do ECA. Entretanto, o referido tipo penal foi revogado tacitamente pelo art. 218-B do CP. Na verdade, a pena de prisão cominada é a mesma

(reclusão de quatro a dez anos), de sorte que houve a cominação de multa, bem como a perda de bens e valores utilizados na prática criminosa em favor do Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente da unidade da Federação (Estado ou Distrito Federal) em que foi cometido o crime, ressalvado o direito de terceiro de boa-fé. Entendemos que, enquanto o legislador não ajuste a legislação, somente terá aplicação o preceito secundário do art. 244-A do ECA, combinado com o art. 218-B do CP.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2017 – MP-RR – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No direito penal, o princípio da irretroatividade da lei se aplica absolutamente".

(VUNESP – 2011 – TJ-SP – Juiz de Direito) "Antônio, quando ainda em vigor o inciso VII, do art. 107, do Código Penal, que contemplava como causa extintiva da punibilidade o casamento da ofendida com o agente, posteriormente revogado pela Lei n.º 11.106, publicada no dia 29 de março de 2005, estuprou Maria, com a qual veio a casar em 30 de setembro de 2005. O juiz, ao proferir a sentença, julgou extinta a punibilidade de Antônio, em razão do casamento com Maria, fundamentando tal decisão no dispositivo revogado (art. 107, VII, do Código Penal). Assinale, dentre os princípios adiante mencionados, em qual deles fundamentou-se tal decisão. (A) – Princípio da isonomia. (B) – Princípio da proporcionalidade. (C) – Princípio da retroatividade da lei penal benéfica. (D) – Princípio da ultratividade da lei penal benéfica. (E) – Princípio da legalidade". **Gabarito: D.**

▸ **Importante:**

- *Crime permanente e crime continuado:* pode ocorrer o surgimento de lei nova durante a prática de crime permanente e crime continuado. Nesta hipótese, aplica-se a lei nova, mesmo que mais grave, desde que passe a viger antes de cessada a permanência ou a continuidade. Nesse sentido a **Súmula 711 do STF:** "A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência".
- *Jurisprudência mais severa:* "Não há que se falar em irretroatividade de interpretação jurisprudencial a respeito de referido tema, na medida em que nosso ordenamento jurídico vigente proíbe somente a retroação da lei penal mais gravosa, não sendo possível fazer a extensão a interpretação jurisprudencial"(STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1169413, j. 12/06/2018). Idem: "A jurisprudência desta Corte Superior é firme ao asseverar que a aplicação do entendimento consolidado pela edição da Súmula Vinculante n. 24 do STF a crimes praticados em momento anterior à sua aprovação não viola o impeditivo de retroatividade de norma mais gravosa ao réu" (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 1361440, j.13/12/2018, DJe 04/02/2019).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A lei penal mais grave não se aplica ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência".

(MP-MS – 2018 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Segundo entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, no crime continuado, se entrar em vigor lei mais grave enquanto não cessada a continuidade, aplica-se a lei penal mais grave".

(UEG – 2018 – PC-GO – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Não se aplica a lex gravior ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da permanência".

(FGV – 2018 – AL-RO – Advogado) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "De acordo com a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores, é correto afirmar que os crimes classificados como permanentes não admitem que a lei penal nova mais grave seja aplicada ao agente, ainda que sua vigência seja anterior à cessação da permanência, em respeito à irretroatividade da lei penal mais gravosa".

(TRF2 – 2017 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Se vigorava lei mais benéfica, depois substituída por lei mais grave, hoje vigente, é a lei mais grave que será aplicada ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência foi iniciada antes da cessação da continuidade".

(FCC – 2016 – DPE-ES – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é posterior à cessação da continuidade ou da permanência".

(MP-SC – 2016 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No tocante ao princípio da extra-atividade da lei penal, em se tratando de crimes continuados ou permanentes, aplica-se a legislação mais grave se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência".

3.3. Lei nova mais benéfica (*novatio legis in mellius* – *lex mitior*)

Além do art. 5º, XL, da CF ("*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*"), deve-se atentar para o art. 2º, parágrafo único, do CP: "a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".

Nestes termos, a lei nova mais benéfica retroage aos fatos ocorridos antes de sua vigência. Para se verificar qual lei penal é mais favorável devem ser observadas as suas consequências no caso concreto. Desse modo, a análise de qual lei é mais benéfica não ocorre no plano abstrato, mas sim de acordo com o **caso concreto** (teoria da ponderação concreta).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Na sucessão de leis penais no tempo, deve ser aplicada a lei mais favorável ao réu, seja a lei contemporânea à prática da infração penal, seja a vigente na data da sentença".

(MP-MS – 2018 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na fase de execução da sentença condenatória, com a definição da culpa do condenado, não se aplica a *lex mitior*".

(CESPE – 2011 – ABIN – Oficial Técnico de Inteligência) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Dado o reconhecimento, na CF, do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica como garantia fundamental, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da *lex mitior*, no confronto de leis, é feita in concreto, cabendo, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga".

Existe divergência doutrinária acerca da possibilidade de aplicação da lei nova mais benéfica durante a *vacatio legis*, uma vez que antes da vigência a lei não possui eficácia. O STJ já decidiu pela inaplicabilidade no HC 100692/PR (5ª T., j. 15/06/2010).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CEFET-BA - 2015 - MP-BA - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A lei penal pode ser revogada durante o período de sua *vacatio legis*".

A lei nova será aplicada pela autoridade judiciária competente para o julgamento da ação (antes do trânsito em julgado). Depois do trânsito em julgado da sentença condenatória compete ao juiz da execução aplicar a lei nova, nos termos da **Súmula 611 do STF**.

3.4. *Abolitio criminis*

3.4.1. *Descriminalização*

Conforme o art. 2º, *caput*, do CP, ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Ou seja, a lei nova deixa de considerar o fato como crime. Ex.: a Lei nº 11.106, de 28/03/2005, revogou o crime de adultério.

Nos termos do art. 107, inc. III, do CP, ocorre a extinção da punibilidade. Depois do trânsito em julgado da condenação, cessam a **execução** e os **efeitos penais** da sentença condenatória. Observe-se que **não cessam os efeitos extrapenais (ex.: arts. 91 e 92 do CP)**, como a obrigação civil de reparação do dano causado pelo crime e outros efeitos secundários de natureza extrapenal.

Obs.: a sentença penal condenatória transitada em julgado possui **efeitos principais** (imposição da sanção penal) e **efeitos secundários** (de natureza penal e extrapenal). Ocorrendo *abolitio criminis*, somente cessam os efeitos penais (principais e secundários de natureza penal). Desse modo, uma pessoa condenada irrecorrivelmente por adultério e que viesse a praticar novo crime logo após a revogação da lei ocorrida em 2005 não seria considerada reincidente, pois com a *abolitio criminis* cessam os efeitos secundários de natureza penal da condenação pelo crime de adultério.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CEFET-BA - 2015 - MP-BA - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A *abolitio criminis* faz cessar a execução da pena, os efeitos secundários da sentença condenatória e os efeitos civis da prática delituosa".

3.4.2. *Abolitio criminis* temporária

Situação interessante surgiu com a Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) ao estabelecer um prazo para que os possuidores e proprietários de armas de fogo entregassem ou regularizassem o registro da arma. Durante esse prazo, não houve a incidência do crime de *posse* de arma de fogo. Esse prazo é chamado de ***abolitio criminis* temporária ou indireta.** De acordo com a **Súmula**

513 do STJ, "A *abolitio criminis* temporária prevista na Lei n. 10.826/2003 aplica-se ao crime de posse de arma de fogo de uso permitido com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, praticado somente até 23/10/2005".

Obs.: ainda sobre o tema, vide STF, RE 768494, j. 19/09/2013.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2015 – TJ-DFT – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Carlos foi preso em flagrante, durante o período de vigência da Lei n.º 10.826/2003 – prorrogada pela Lei n.º 11.922/2009 –, devido ao fato de a polícia ter encontrado, em um armário de sua residência, uma arma de fogo de uso restrito. Nessa situação, a conduta de Carlos caracterizou-se como atípica em razão da incidência de *abolitio criminis* temporária".

3.4.3. *Princípio da continuidade normativo-típica*

Pode ocorrer a revogação formal da lei sem que ocorra a *abolitio criminis*, em razão de existir a **continuidade normativo-típica**. Como exemplo, pode ser citado o crime de atentado violento ao pudor (CP, art. 214). Com o advento da Lei 12.015/2009, o art. 214 do CP foi formalmente revogado, mas não houve revogação do crime de atentando violento ao pudor, que passou a ser considerado como estupro (CP, art. 213). Ou seja, o fato definido como crime não deixou de ser considerado crime. A *abolitio criminis* somente ocorrerá quando não houver, na nova lei, previsão da conduta proibida, ocorrendo uma revogação material e formal da lei.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MS – 2018 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O princípio da continuidade normativa típica, conforme posição do Superior Tribunal de Justiça, ocorre quando uma norma penal é revogada, porém a mesma conduta continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente diverso do originário".

(CESPE – 2018 – Polícia Federal – Delegado de Polícia Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Manoel praticou conduta tipificada como crime. Com a entrada em vigor de nova lei, esse tipo penal foi formalmente revogado, mas a conduta de Manoel foi inserida em outro tipo penal. Nessa situação, Manoel responderá pelo crime praticado, pois não ocorreu a abolitio criminis com a edição da nova lei".

(MP-BA – 2015 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Verificamos a incidência do princípio da continuidade normativa típica quando uma norma penal é revogada, mas sua conduta continua prevista como crime em outro dispositivo legal".

3.5. Lei nova incriminadora

A lei passa a considerar determinado fato como crime. Não se pode aplicá-la aos fatos ocorridos antes de sua vigência, em observância ao princípio da anterioridade, nos termos do art. 5º, XXXIX, da CF, e art. 1º do CP. Exemplos:

- ***Lei Maria da Penha***: antes da Lei n. 13.641/18 (vigência a partir de 04/04/2018), o descumprimento de medidas protetivas fixadas com base

na Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) não configurava, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os crimes de desobediência (art. 330 do CP) ou de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito (art. 359 do CP). Isso porque, segundo o STJ, os crimes de desobediência são subsidiários, somente se configurando quando, desrespeitada uma ordem judicial, não existir sanção específica ou não houver ressalva expressa no sentido de aplicação cumulativa do Código Penal. Como há medidas próprias na Lei Maria da Penha, bem como a possiblidade de prisão preventiva no Código de Processo Penal (art. 313, III, do CPP), o descumprimento de medidas protetivas de urgência era considerado penalmente atípico. Com o advento da Lei n. 13.641/18 foi incluído à Lei Maria da Penha o delito do art. 24-A, nos seguintes termos: "Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos". Desse modo, por se tratar de lei nova incriminadora, não há retroatividade: "1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o descumprimento de medidas protetivas impostas nos termos a Lei 11.340/06 não configura o delito do art. 359 do Código Penal. 2. Em se tratando de novatio legis in pejus, cuja irretroatividade se impõe, conforme os arts. 5º, XL, da CF e 1º do CP, não incide o art. 24-A da Lei Maria da Penha aos fatos anteriores à publicação da Lei 13.641/18, que criou tipo penal específico para a conduta de desobedecer decisões judiciais que impõem medidas protetivas" (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 1216126, j. 21/08/2018).

- **Registro não autorizado da intimidade sexual:** a Lei nº 13.772, de 19/12/2018, com vigência a partir de 20/12/2018 (data da publicação no DOU), inseriu no Código Penal o **Capítulo I-A** (Da exposição da intimidade sexual) e o **art. 216-B (Registro não autorizado da intimidade sexual)**. O novo tipo penal vem tutelar a intimidade sexual. No *caput* pune-se o comportamento de produzir (atividade de criar, gerar, realizar algo), fotografar (ato de capturar a imagem), filmar (ato de realizar o registro de imagens) ou registrar (ato de colocar ou inserir em determinado local, como algum banco de dados ou dispositivo), por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes. Imaginemos um dono de motel que filme cenas de sexo por meio de câmera escondidas e mantenha estas imagens em seu computador para seus momentos de intimidade. Antes da lei esse comportamento não era considerado crime, a não ser que as cenas de sexo envolvessem criança ou adolescente (art. 240 do ECA).

- **Incitação ao suicídio e à automutilação:** a Lei n. 13.968, de 26/12/2019 (vigência a partir de 27/12/2019), alterou o Código Penal para modificar o crime de incitação ao suicídio e incluir as condutas de induzir ou instigar a automutilação, bem como a de prestar auxílio a quem a pratique.

- **Venda ou entrega de droga a agente policial disfarçado:** o Pacote Anticrime (Lei n. 13.964, de 24/12/2019, com vigência a partir de 23/01/2020), incluiu à Lei de Drogas o delito de quem "vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente" (art. 33, § 1º, IV, da Lei 11.343/06).
- **Omissão grave de dado ou de informação por projetista:** a nova Lei de Licitações incluiu ao Código Penal o crime do artigo 337-O: "Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa".
- **Denunciação caluniosa (art. 339 do CP):** a Lei nº 14.110, de 18/12/20, com vigência a partir de 21/12/20, alterou o art. 339 do Código Penal e passou a prever o crime como "Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente". Dentre outras alterações, a nova lei incluiu as expressões "infração ético-disciplinar" e "ato ímprobo", que não existiam. Assim, por exemplo, com a vigência da Lei nº 14.110/20, passa a ser crime a conduta de provocar a instauração de PAD (processo administrativo disciplinar) imputando infração ético-disciplinar contra pessoa que se sabe inocente.

3.6. Combinação de leis penais (*lex tertia*)

Discute-se acerca da possibilidade da combinação de várias leis para beneficiar o agente. Tem-se os seguintes entendimentos:

1º) Não é possível, haja vista que os princípios da ultra-atividade e da retroatividade da *lex mitior* não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que beneficie o réu. Ademais, o juiz estaria legislando ao criar uma nova lei. Nesse sentido: Costa e Silva, Nélson Hungria, Aníbal Bruno e Fragoso. Tem sido, aliás, a orientação amplamente majoritária nas cortes superiores em relação ao alegado "tráfico privilegiado", as quais não têm admitido a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 (atual Lei de Drogas) nas condenações por tráfico com base na antiga legislação (art. 12 da revogada Lei nº 6.368/76). Nesse sentido o enunciado da **Súmula 501 do STJ:** "É cabível

a aplicação retroativa da Lei 11.343, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368, sendo vedada a combinação de leis". Na mesma esteira foi decidido pelo Plenário do STF no RE 600.817, julgado em 07/11/2013.

2º) É possível, uma vez que, se pode o todo, não teria problema escolher parte de um todo e parte de outro, atendendo, assim, os princípios da ultra-atividade e retroatividade benéficas. O juiz apenas efetua uma integração normativa. Nesse sentido: Basileu Garcia, José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Rogério Greco, Luiz Regis Prado, Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Flávio Gomes. Já se manifestaram nesse sentido, sempre em relação ao citado caso de "tráfico de drogas privilegiado" (incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no preceito primário do art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76), o STF (HC 97.128, j. 08/09/2009) e o STJ (HC 128184, j. 19/08/2010). Trata-se de entendimento minoritário.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis".

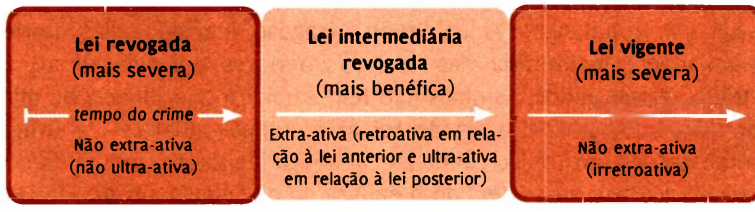
(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "É incabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, ainda que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/76, permitida, no entanto, a combinação das mencionadas leis para beneficiar o agente".

(UEG – 2018 – PC-GO – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal admite a aplicação combinada das partes benéficas de leis penais distintas (lex tertia)".

(TRF2 – 2007 – Juiz Federal) *Questão discursiva:* "É possível a aplicação combinada de leis penais como resposta à prática de um determinado fato delituoso?"

3.7. Lei intermediária

Pode ocorrer o surgimento de lei intermediária, ou seja, aquela vigente depois da prática do fato, mas revogada antes de esgotadas as consequências jurídicas da infração penal. Mesmo nesta situação, o princípio da retroatividade da lei mais benigna permanecerá válido.



Exemplo: Lei 1 cominando pena de reclusão de 6 a 10 anos para o crime. *Lei 2* (intermediária) cominando para o mesmo crime pena de 2 a 4 anos. *Lei 3* prevendo, também para o mesmo crime, pena de 8 a 12 anos. Supondo que o crime seja praticado durante a *Lei 1*, mas a prolação da sentença se dê durante a vigência da *Lei 3*. Nesse caso, aplica-se a lei intermediária, que é a mais favorável.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-BA – 2015 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A lei intermediária pode ter, simultaneamente, dupla extra-atividade, possuindo características de retroatividade e ultra-atividade".

4. LEI EXCEPCIONAL E LEI TEMPORÁRIA

4.1. Conceito legal

Lei excepcional é aquela que possui vigência durante situação transitória emergencial, como nos casos de guerra, calamidade pública, inundação etc. Não é fixado prazo de vigência, que persistirá enquanto não cessar a situação que a determinou.

Lei temporária, por sua vez, é aquela que possui vigência previamente determinada.

Pode-se dizer que são leis autorrevogáveis e criadas para atender situações anômalas.

Nos termos do art. 3º do CP, "a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência". Assim, o dispositivo permite que em relação a essas leis seja aplicada a **ultra-atividade gravosa**, devido à sua finalidade.

De acordo com a exposição de motivos do Código Penal de 1940, o fundamento dessa regra é "impedir que, tratando-se de leis previamente limitadas no tempo, possam ser frustradas as suas sanções por expedientes astuciosos no sentido do retardamento dos processos penais".

Exemplo de legislação penal temporária é a Lei nº 12.663/12, conhecida como "Lei Geral da Copa", a qual, dentre outras coisas, dispôs sobre medidas relacionadas à Copa do Mundo FIFA 2014 ocorrida no Brasil. Os artigos 30 a 33 trouxeram crimes (ex.: utilização indevida de símbolos oficiais da FIFA), que somente vigeram até o final do ano de 214. Nesse sentido o art. 36 da referida lei: "Os tipos penais previstos neste Capítulo terão vigência até o dia 31 de dezembro de 2014".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – TJ-PR – Juiz de Direito) Nas disposições penais da Lei Geral da Copa, foi estabelecido que os tipos penais previstos nessa legislação tivessem vigência até o dia 31 de dezembro de 2014. Considerando-se essas informações, é correto afirmar que a referida legislação é um exemplo de lei penal:

a) excepcional.

b) temporária.

c) corretiva.

d) intermediária.

Gabarito: B.

(UEG – 2018 – PC-GO – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A ultratividade da lei penal temporária, prevista no artigo 3º do Código Penal, constitui exceção legal à regra do tempus regit actum".

(FGV – 2009 – TJ-PA – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Os crimes praticados na vigência das leis temporárias, quando criadas por estas, não se sujeitam *abolitio criminis* em razão do término de sua vigência".

4.2. Divergência acerca da constitucionalidade

Sustentam Zaffaroni e Pierangeli (*Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 230) que "Esta disposição é de duvidosa constitucionalidade, posto que constitui exceção à irretroatividade legal que consagra a Constituição Federal ('salvo para beneficiar o réu') e não admite exceções, ou seja, possui caráter absoluto (art. 5º, inc. XL)".

Entretanto, predomina na doutrina que a ultra-atividade das leis temporárias ou excepcionais não infringe o princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica, pois não há duas leis em conflito no tempo, tendo em vista que as leis excepcionais ou temporárias versam matéria distinta, já que trazem no tipo dados específicos. A questão relaciona-se com tipicidade e não com direito intertemporal.

4.3. Conflito no tempo de lei penal temporária ou excepcional com lei da mesma natureza

Pode ocorrer o surgimento de nova lei excepcional ou temporária mais benéfica, regulando a própria situação anômala que determinou a vigência da lei excepcional ou temporária anterior, hipótese em que a nova lei retroagirá.

4.4. Lei penal em branco e alteração da norma que complementa o tipo

Se o complemento da lei penal em branco não possuir natureza excepcional ou temporária, ocorrerá *abolitio criminis* na hipótese de sua revogação. Ex.: no caso da Lei 11.343/06, uma determinada droga (ex.: maconha) é retirada da lista de substância proibida. Como bem asseveram Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, "*in abstrato* a norma continua vigente (ou seja: continua regendo a proibição de outras substâncias entorpecentes), porém, concretamente, teria deixado de vigorar em relação à maconha. (...) Diante da descontinuidade normativo-típica *in concreto* conclui-se que o fato foi excluído do Direito Penal" (*Direito Penal. Parte Geral. Vol.2*, p. 81).

Por outro lado, se a norma que complementa o tipo penal possuir caráter temporário ou excepcional, serão aplicadas as disposições do art. 3º do CP, ou seja, a norma terá ultra-atividade.

Exemplo: o art. 269 do CP ("Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória") é uma lei penal em branco, haja vista que outra norma deve especificar seu conteúdo (elenco das doenças que devem ser denunciadas). Suponhamos que doença não denunciada pelo médico seja retirada do elenco complementar, deixando de ser de notificação compulsória. Se a doença constava do elenco por motivo de temporariedade ou excepcionalidade, aplica-se a regra da ultra-atividade. Se a doença constava do elenco por motivo não excepcional, o caso é de retroatividade (*abolitio criminis in concreto*).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FMP – 2015 – DPE-PA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A lei penal em branco é revogada em consequência da revogação de sua norma de complementação".

(MP-SP – 2011 – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "A alteração do complemento da norma penal em branco pode gerar a sua retroatividade? Justifique a resposta".

5. CONFLITO APARENTE DE LEIS PENAIS

Na hipótese de determinado fato apresentar dificuldade para a correta adequação típica, tendo em vista que *aparentemente* se mostra subsumido a mais de um tipo penal, surge o conflito aparente de normas. Assim, a *unidade de fato* e a *pluralidade de normas (de tipos penais)* são os pressupostos desse conflito.

Para solucionar a questão, evitando o *bis in idem*, há quatro princípios: princípio da especialidade, princípio da subsidiariedade, princípio da consunção e princípio da alternatividade.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Os princípios que resolvem o conflito aparente de normas são: especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade".

(VUNESP – 2018 – MP-SP – Analista Jurídico do Ministério Público) "Sobre o conflito aparente de normas penais e os princípios dirimentes, é correto afirmar que: A) a norma especial prevalece sobre a norma geral e, necessariamente, descreve um tipo penal apenado mais severamente; B) o conflito aparente de normas penais tem por requisito a unidade fática; a pluralidade de normas aplicáveis ao mesmo fato (aparente) e a vigência contemporânea de todas elas; C) a norma subsidiária descreve um grau maior de lesividade ao bem jurídico e, necessariamente, um tipo penal apenado mais severamente; D) a consunção, pela qual uma conduta absorve outra, é possível no crime progressivo, no crime complexo e na progressão criminosa. Em todos, necessariamente, há unidade de desígnios do sujeito ativo, desde o primeiro ato; E) pelo princípio da subsidiariedade, prescinde-se do caso concreto para se saber qual a norma aplicável. A análise é feita de forma abstrata, confrontando-se as normas". **Gabarito: B.**

(MP-SP – 2015 – Promotor de Justiça) "Os princípios que resolvem o conflito aparente de normas são: a) especialidade, legalidade, intranscendência e alternatividade; b) especialidade, legalidade, consunção e alternatividade; c) especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade; d) legalidade, intranscendência, consunção e alternatividade; e) legalidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade". **Gabarito: C.**

(FCC – 2015 – TJ-PE – Juiz de Direito) "Constituem princípios que se destinam a solucionar o conflito aparente de normas: a) proporcionalidade e especialidade; b) excepcionalidade e proporcionalidade; c) especialidade e fragmentariedade; d) subsidiariedade e especialidade; e) excepcionalidade e subsidiariedade". **Gabarito: D.**

(CEFET-BA – 2015 – MP-BA – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Visando à busca de uma solução para situação relacionada ao conflito aparente de normas, o intérprete pode se valer do princípio da consunção e do princípio da subsidiariedade".

(PGR – 2015 – Procurador da República) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "São requisitos da consunção a unidade de agente e a pluralidade de normas aparentemente incidentes sobre uma determinada situação de fato, abranja ou não essa situação pluralidade de condutas".

(FCC – 2011 – MP-MS – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Conflito aparente de normas é a situação que ocorre quando ao mesmo fato parecem ser aplicáveis duas ou mais normas, formando um conflito aparente entre elas".

5.1. Princípio da especialidade

No conflito entre um tipo penal específico e um tipo penal genérico, prevalece o específico. O tipo penal específico (que pode estar contido no Código Penal ou na legislação penal especial) contém todos os elementos do tipo penal genérico e outros que caracterizam a especialidade. Existe uma relação de gênero e espécie. Esses elementos específicos são chamados de especializantes, os quais podem tornar o fato mais grave ou mais benéfico ao agente.

Exemplos:

	ELEMENTOS	ELEMENTOS ESPECÍFICOS
Tipo geral (homicídio – art. 121)	matar + alguém	–
Tipo especial (infanticídio – art. 123)	matar + alguém	próprio filho, influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após

	ELEMENTOS	ELEMENTOS ESPECÍFICOS
Tipo geral (art. 121, § 3º)	Homicídio culposo	–
Tipo especial (art. 302 do CTB)	Homicídio culposo	direção de veículo automotor

Obs.: o tipo básico é gênero e o tipo derivado (forma qualificada ou privilegiada) é espécie.

	ELEMENTOS	ELEMENTOS ESPECÍFICOS
Tipo geral (art. 121, *caput*)	matar + alguém	–
Tipo especial (art. 121, § 2º, II)	matar + alguém	por motivo fútil

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – TCM-GO – Procurador do Ministério Público de Contas) "Pedro subtraiu bem móvel pertencente à Administração pública, valendo-se da facilidade propiciada pela condição de funcionário público. Pedro responderá pelo crime de peculato e não pelo delito de furto em decorrência do princípio da: a) subsidiariedade; b) consunção; c) especialidade; d) progressão criminosa; e) alternatividade". **Gabarito: C.**

(MP-GO – 2010 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Pela aplicação do princípio da especialidade, a norma de caráter especial exclui a de caráter geral. Trata-se de uma apreciação em abstrato e, portanto, independe da pena prevista para os crimes, podendo ser estas mais graves ou mais brandas. Por exemplo, a importação de lança-perfume, que é considerada crime tráfico de drogas e não contrabando".

5.2. Princípio da subsidiariedade

O tipo subsidiário (norma subsidiária) descreve um crime autônomo com cominação de pena menos grave que a prevista em outro tipo penal, chamado de norma primária. A norma subsidiária funciona como um "soldado de reserva" (expressão cunhada por Nélson Hungria), aplicando-se quando não houver incidência da norma primária. A subsidiariedade pode ser:

a) ***subsidiariedade expressa:*** a própria lei determina que só será aplicada a lei mais branda se o fato não constituir crime mais grave. *Exemplos:* artigos 132, 238, 314, 325 e 337, todos do CP.

b) ***subsidiariedade tácita:*** quando as elementares de um tipo estão contidas na forma de elementares ou de circunstâncias acidentais de outro tipo. Ex.: a ameaça (art. 147) integra o crime de constrangimento ilegal (art. 146), de sorte que o agente, cometendo o crime de constrangimento ilegal mediante grave ameaça, não responderá também por esta.

5.3. Princípio da consunção

Ocorre a absorção de um delito por outro, tornando-se uma unidade complexa. Para que um delito seja absorvido por outro, entende-se que deve haver uma relação de meio e fim, ou um dos crimes deve se mostrar como fase necessária para a realização do outro.

Em regra, o crime menos grave (crime consunto) é absorvido por outro mais grave (crime consuntivo). No entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem que um crime mais grave (considerando a pena abstrata) seja absorvido por outro menos grave. Por exemplo, pode-se citar o crime de falsidade material de documento público (art. 297) ser absorvido pelo crime de estelionato (art. 171) nos termos da **Súmula 17 do STJ**.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FAURGS – 2016 – TJ-RS – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Segundo dispõe o princípio da consunção, quando a concretização da prática de um crime depende direta e necessariamente da prática de uma conduta delitiva antecedente, o juiz, no momento da sentença, deve afastar o reconhecimento do concurso de infrações, aplicando ao réu apenas a pena do crime mais grave".

(VUNESP - 2015 - TJ-MS - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O crime consunto é o delito que absorve o de menor gravidade".

(CESPE - 2014 - TJ-DF - Cartório) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "De acordo com a atual jurisprudência do STJ, a aplicação do princípio da consunção pressupõe a existência de ilícitos penais que funcionem como fase normal de preparação ou de execução de outro crime com evidente vínculo de dependência ou subordinação entre eles".

Situações:

a) **Crime progressivo:** o agente desde o início de sua conduta possui a intenção de alcançar o resultado mais grave, de modo que seus atos violam o bem jurídico de forma crescente. As violações anteriores ficam absorvidas. O delito de menor gravidade trata-se de um *crime de passagem obrigatória*, pois os bens jurídicos devem ser conexos por estarem na mesma linha de desdobramento da ofensa. Ex.: para consumar o homicídio necessariamente haverá o crime de lesão corporal (crime de passagem).

b) **Progressão criminosa (sentido estrito):** o agente produz o resultado pretendido, mas, em seguida, resolve (substituição do dolo) progredir na violação do bem jurídico e produz um resultado mais grave que o anterior. O fato inicial fica absorvido. Ex.: o sujeito, em um momento inicial, pratica lesões corporais na vítima. Em seguida, não satisfeito, resolve matá-la. Aqui ocorre a substituição do dolo, ao contrário do crime progressivo, no qual o agente desde o início possui a intenção de praticar a ofensa de maior gravidade.

c) **Crime-meio é absorvido pelo crime-fim:** crime-meio, como o próprio nome diz, é aquele praticado pelo agente como meio de atingir outra finalidade, que se trata do crime-fim. Apesar de ter o agente praticado mais de um fato considerado crime (pluralidade de fatos), incide apenas um tipo penal. Ex.: crime de falso (crime-meio) e estelionato (crime-fim). Nos termos da Súmula 17 do STJ: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SC - 2019 - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Se o objeto mediante o qual for praticado o crime de posse de arma de fogo for uma arma de fogo com numeração suprimida pelo sujeito, ocorrerá um concurso formal de delitos entre a posse e a supressão (Lei n. 10.826/2003)".

(FCC - 2009 - DPE-MA - Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Na consideração de que o crime de falso se exaure no estelionato, responsabilizando-se o agente apenas por este crime, o princípio aplicado para o aparente conflito de normas é o da: (...) **consunção**".

Observações:

- ***Crime de perigo e crime de dano:*** em alguns casos, se houver uma relação de desdobramento na fase de execução (nexo de dependência entre os

delitos), o crime de perigo será absorvido pelo crime de dano. Exemplos: porte ilegal de arma de fogo (crime de perigo) com o fim exclusivo de matar alguém (crime de dano); direção sem habilitação e lesão corporal culposa. Nesse sentido: "1 - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o crime de lesão corporal culposa (art. 303 do CTB) absorve o delito de direção sem habilitação (art. 309 do CTB), funcionando este como causa de aumento de pena (art. 303, parágrafo único, do CTB). Destarte, extinta a punibilidade do agente em face da expressa renúncia da vítima ao direito de representação pelo delito de lesão corporal, também fica extinta a punibilidade com relação ao crime de direção sem habilitação, menos grave, porquanto absorvido. (HC 25.082/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 12/04/2004). 2 - Habeas corpus não conhecido, porém, de ofício, concedida a ordem para declarar extinta a punibilidade do delito de direção sem habilitação" (STJ, 6ª T., HC 299.223, j. 24/05/2016).

- ***Crime e contravenção:*** no HC 121652, j. 22/04/2014, o STF afirmou ser impossível um crime tipificado no Código Penal ser absorvido por uma infração tipificada na Lei de Contravenções Penais. No caso, se tratava do crime de uso de documento falso (art. 304 do CP) e da contravenção de exercício ilegal da profissão (art. 47 do DL nº 3.688/41).

- ***Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e posse irregular de arma de fogo de uso restrito:*** "1. O princípio da consunção é aplicado para resolver o conflito aparente de normas penais quando um crime menos grave é meio necessário ou fase de preparação ou de execução do delito de alcance mais amplo, de tal sorte que o agente só será responsabilizado pelo último, desde que se constate uma relação de dependência entre as condutas praticadas. Precedentes. 2. É inaplicável o princípio da consunção entre os delitos de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e posse irregular de arma de fogo de uso restrito, por tutelarem condutas e bem jurídicos diversos (...)" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1515023, j. 24/09/2019). Ainda: "I - O princípio da consunção ou absorção é verificado nas hipóteses em que a primeira infração constitui simples fase de realização da segunda, estabelecida em dispositivo diverso, em uma necessária e indistinta relação de delito-meio e delito-fim. A consunção resolve um conflito aparente de normas decorrente de uma relação de dependência entre as condutas praticadas. II - In casu, conforme consignado no decisum reprochado, muito embora haja a consumação de crimes de posse irregular de arma de fogo e de porte de munição de uso permitido e de uso restrito, referidas condutas subsumem a tipos penais distintos e autônomos e tutelam bens jurídicos distintos, é dizer, a administração da Justiça e a confiabilidade de cadastros do Sistema Nacional de Armas, não havendo relação de crime-meio e crime-fim" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1863921, j. 28/04/2020).

- **Armazenamento e compartilhamento de material pornográfico infanto-juvenil: em regra não há consunção.** STJ: "Caracteriza o crime do art. 241-A do ECA oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (pena de 3 a 6 de reclusão e multa). Já o art. 241-B do mesmo estatuto estabelece que 'adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente' atrai a sanção de 1 a 4 anos de reclusão e multa. Via de regra, não há automática consunção quando ocorrem armazenamento e compartilhamento de material pornográfico infanto-juvenil. Deveras, o cometimento de um dos crimes não perpassa, necessariamente, pela prática do outro, mas é possível a absorção, a depender das peculiaridades de cada caso, quando as duas condutas guardem, entre si, uma relação de meio e fim estreitamente vinculadas. O princípio da consunção exige um nexo de dependência entre a sucessão de fatos. Se evidenciado pelo caderno probatório que um dos crimes é absolutamente autônomo, sem relação de subordinação com o outro, o réu deverá responder por ambos, em concurso material" (STJ, 6ª T., REsp 1579578, j. 04/02/2020).

d) Fato posterior não punível: sempre que o fato posterior (eventual crime posterior) se referir ao mesmo bem jurídico e à mesma vítima, ficará absorvido pelo primeiro (crime anterior), uma vez que já houve a lesividade ao bem jurídico. Ex.: o agente destrói a coisa furtada. Não responderá pelo crime de dano (art. 163).

Obs.: parcela da doutrina acrescenta o **crime complexo** como hipótese de consunção. Crime complexo é o que resulta da soma de dois ou mais crimes autônomos, que passam a funcionar como elementares ou circunstâncias no tipo complexo. Vem disposto no artigo 101 do CP. *Exemplo*: latrocínio, que é constituído por roubo + homicídio. Na verdade, o crime complexo resolve-se pela aplicação do princípio da especialidade ou da subsidiariedade tácita.

▸ **CRIME COMPLEXO E TIPO COMPLEXO**

Não se deve confundir "crime complexo" com "tipo complexo". Como bem salientam Zaffaroni e Pierangeli, com o descobrimento dos elementos subjetivos do tipo, por volta de 1910, e com a visão normativa de culpabilidade, em 1907, surge a ideia de que o dolo deveria se situar no tipo e não na culpabilidade, conforme Hellmuth von Weber (1929) e Conde Alexander zu Dohna (1936). Para Welzel, o tipo penal é integrado por um aspecto objetivo (tipo objetivo) e outro subjetivo (tipo subjetivo), concebendo assim um **tipo complexo** (objetivo-subjetivo).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MG - 2008 - Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "O que significa tipo complexo?"

5.4. Princípio da alternatividade

Aplica-se aos tipos mistos alternativos, isto é, àqueles que descrevem crimes de ação múltipla. Assim, mesmo havendo várias formas de conduta (mais de um verbo) no mesmo tipo, somente haverá a consumação de um único delito, independente da quantidade de condutas realizadas no mesmo contexto. Na realidade, observa-se que não há conflito de normas, mas conflito dentro da própria figura típica. Ex.: art. 122 do CP; art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Segundo a jurisprudência dominante do STF (...): "O delito previsto no artigo 33 da Lei de Drogas, por ser crime de ação múltipla, faz com que o agente que, no mesmo contexto fático e sucessivamente, pratique mais de uma ação típica, responda por crime único em função do princípio da alternatividade".

ESTUPRO

O art. 213 do CP (redação dada pela Lei nº 12.015/09) prevê duas modalidades de estupro: o praticado com conjunção carnal e o cometido com ato libidinoso. Com a nova redação, surgiu a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da hipótese em que o agente, no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, pratica conjunção carnal e outro ato libidinoso. Discute-se se terá cometido apenas um único crime de estupro ou dois delitos. Orientações:

1ª) Há crime único: "A figura penal prevista na nova redação do art. 213, do CP, é do tipo penal misto alternativo. Logo, se o agente pratica, no mesmo contexto fático, conjunção carnal e outro ato libidinoso contra uma só vítima, pratica um só crime do art. 213, do CP" (STF, 1ª T., HC 118284, j. 04/08/2015). Ainda: "(...) 2. A reforma introduzida pela Lei n. 12.015/2009 condensou num só tipo penal as condutas anteriormente tipificadas nos arts. 213 e 214 do CP, constituindo, hoje, **um só crime** o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, na hipótese em que a conduta tenha sido praticada em um mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, em observância ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica. Trata-se, pois, de crime misto alternativo. 3. Na hipótese dos autos, verifica-se a ocorrência de crime único de estupro, pois as condutas delitivas – conjunção carnal, sexo anal e oral – foram praticados contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático-temporal, o que inviabiliza a aplicação da continuidade delitiva. Ressalte-se, contudo, que, apesar de inexistir concurso de crimes, é de rigor a valoração na pena-base de todas as condutas que compuseram o **tipo misto alternativo** do atual crime de estupro, sob pena de vulneração da individualização da pena" (STJ, 5ª T., HC 325411, j. 19/04/2018). Ademais, "devem as diversas condutas praticadas ser valoradas na primeira fase do cálculo da pena, ficando estabelecido como limite máximo para a nova sanção, a totalidade da pena anteriormente aplicada ao estupro e ao atentado violento ao pudor, de forma a se evitar a reformatio in pejus" (STJ, 5ª T., HC 441.523, j. 30/05/2019). O mesmo ocorre com o estupro de vulnerável (art. 217-A do CP): "O tipo descrito no art. 217-A do Código Penal é misto alternativo, isto é, prevê as condutas de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. [...] 'A materialização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos

libidinosos diversos da conjunção carnal (...) em cuja expressão estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1845797, j. 23/06/2020).

2ª) **Há concurso de crimes:** o agente realiza o tipo penal duas vezes em modalidades distintas (ter conjunção carnal e praticar ato libidinoso). No entanto, como são dois delitos da mesma espécie (estupro), embora praticados por meio de execução distintos, pode ser reconhecido o **crime continuado** se preenchidos os demais requisitos.

Capítulo IV

Lei penal no espaço

1. TERRITORIALIDADE

1.1. Princípio da territorialidade relativa ou mitigada

Em regra, ao crime praticado no território nacional aplica-se a lei brasileira. Como exceção, pode ocorrer a incidência da lei de outro país a um crime praticado no território nacional, desde que haja previsão em convenções, tratados e regras de direito internacional.

O Código Penal adotou o **princípio da territorialidade, porém de forma temperada ou mitigada** por permitir a aplicação de convenções, tratados e regras de direito internacional. Nessa hipótese excepcional, tem-se a chamada ***intraterritorialidade***, ou seja, a aplicação de lei estrangeira, por autoridade de outro país, a um crime ocorrido no território brasileiro (*Exemplo:* crime praticado por um embaixador estrangeiro no território brasileiro. Será julgado por um Tribunal de seu país e de acordo com a sua lei penal).

Obs.: O Brasil ratificou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de forma que caso não haja processo e julgamento de certos crimes ocorridos em nosso território (crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio), o Tribunal Penal Internacional passará a ser competente para o julgamento (competência subsidiária).

1.2. Conceito de território nacional

a) ***sentido jurídico:*** espaço sujeito à soberania do Estado.

b) ***sentido material, efetivo ou real:*** o território abrange a superfície terrestre (solo e subsolo), as águas interiores, o mar territorial (12 milhas marítimas a partir da baixa-mar do litoral continental e insular – Lei nº 8.617/93, art. 1º) e o espaço aéreo correspondente (teoria da soberania sobre a coluna atmosférica). No caso de território neutro, aplica-se a lei do país do agente.

c) ***território por extensão ou flutuante:*** para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional:

- As embarcações e aeronaves brasileiras, *de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro* onde quer que se encontrem (CP, art. 5º, § 1º, 1ª parte).

- As aeronaves e as embarcações brasileiras (matriculadas no Brasil), *mercantes ou de propriedade privada*, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ao alto-mar ou em alto-mar (CP, art. 5º, § 1º, 2ª parte). O dispositivo está de acordo com a "lei da bandeira" ou "princípio do pavilhão, da representação, da substituição ou subsidiário".

Observa-se, segundo disposições do § 2º, que a legislação nacional é aplicada mesmo se o crime for praticado a bordo de *aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada*, desde que: 1) a aeronave estrangeira privada se encontre em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente, inclusive ao do mar territorial; 2) a embarcação estrangeira privada se encontre em porto ou no mar territorial do Brasil.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MS – 2018 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A lei penal brasileira é aplicável aos crimes cometidos em aeronaves estrangeiras de propriedade privada que estiverem sobrevoando o espaço aéreo brasileiro".

(FAURGS – 2016 – TJ-RS – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A lei penal brasileira é aplicável aos crimes cometidos a bordo de embarcações e aeronaves estrangeiras de propriedade privada que estejam localizadas no mar territorial ou sobrevoando o espaço aéreo brasileiro, sendo também consideradas como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, localizadas em mar territorial ou no espaço aéreo de outro país, desde que estejam a serviço do governo brasileiro".

(VUNESP – 2016 – Procurador Jurídico) "Aplica-se a lei penal brasileira ao crime cometido no território nacional. O art. 5º do CP estende a aplicação da lei penal brasileira para fato cometido em: a) embarcação privada brasileira atracada em portos estrangeiros. b) embarcação estrangeira de propriedade privada navegando no mar territorial do Brasil. c) aeronave privada brasileira pousada em aeroportos estrangeiros, desde que o país respectivo tenha acordo de extradição com o Brasil. d) sede de embaixada ou unidade consular do Brasil no estrangeiro. e) residência do embaixador brasileiro em país estrangeiro que faça parte do Mercosul". **Gabarito B.**

(FCC – 2015 – TCM-GO – Procurador do Ministério Público de Conta) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Aplica-se a lei brasileira a crimes praticados a bordo de embarcações brasileiras a serviço do governo brasileiro que se encontrem ancorados em portos estrangeiros".

1.3. Questões pontuais

Princípio da reciprocidade. As embarcações e aeronaves estrangeiras, de natureza pública ou a serviço do governo estrangeiro, são consideradas extensão do território estrangeiro, mesmo se estiverem em território brasileiro.

Passagem inocente. O art. 3º da Lei nº 8.617/93 dispõe sobre o direito de passagem inocente: "Art. 3º É reconhecido aos navios de todas as nacionalidades o direito de passagem inocente no mar territorial brasileiro. § 1º A passagem será considerada inocente desde que não seja prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Brasil, devendo ser contínua e rápida. § 2º A passagem inocente

poderá compreender o parar e o fundear, mas apenas na medida em que tais procedimentos constituam incidentes comuns de navegação ou sejam impostos por motivos de força ou por dificuldade grave, ou tenham por fim prestar auxílio a pessoas a navios ou aeronaves em perigo ou em dificuldade grave. § 3º Os navios estrangeiros no mar territorial brasileiro estarão sujeitos aos regulamentos estabelecidos pelo Governo brasileiro".

Embaixadas. Para fins penais, as embaixadas estrangeiras situadas no território brasileiro não são consideradas extensão do território estrangeiro, bem como as embaixadas do Brasil em território estrangeiro não são consideradas território brasileiro por extensão.

Destroços da embarcação em alto-mar. São considerados extensão do território em que a embarcação está matriculada.

2. LUGAR DO CRIME (*LOCUS COMMISSI DELICTI*)

Nos termos do art. 6º do CP, *considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.*

Existem várias teorias acerca do lugar do crime. As principais são:

a) ***teoria da atividade:*** local em que ocorreu a conduta;

b) ***teoria do resultado:*** local em que ocorreu o resultado;

c) ***teoria pura da ubiquidade, mista ou unitária:*** local em que ocorreu a ação ou omissão (conduta), no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

O Código Penal adotou a teoria da ubiquidade ou mista. Não se deve confundir com as regras de competência interna (processo penal), independentemente de se tratar do art. 5º ou 7º do Código Penal.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – DPE-DF – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Em razão da teoria da ubiquidade, considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria ter sido produzido o resultado".

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Para efeito de análise sobre o local do crime, a legislação brasileira adota a teoria da ubiquidade".

(FUNDATEC – 2015 – PGE-RS – Procurador do Estado) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, sendo irrelevante para esse fim onde se produziu ou deveria ser produzido o resultado".

(MP-SP – 2010 – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "No que se refere ao tempo e ao lugar do crime, quais as teorias adotadas pelo Código Penal? Explique".

O dispositivo é aplicável aos chamados **crimes a distância** (a conduta é praticada em território estrangeiro e o resultado ocorre no Brasil ou vice-versa). Ou seja, se a conduta ou o resultado ocorrerem no território brasileiro, aplica-se nossa lei (CP, art. 5º c/c art. 6º). Mesmo se a conduta e o resultado ocorrerem fora do território nacional, nossa lei penal poderá ser aplicada em alguns casos (CP, art. 7º).

Crime a distância ou de espaço máximo: conduta praticada em um país e resultado ocorrido em outro. **Crime plurilocal:** conduta em uma comarca e resultado em outra. **Crime em trânsito:** envolve mais de dois países. Ex.: droga transportada do país 'A', passa pelo país 'B' e chega ao país 'C'. **Crime de trânsito ou de circulação:** crime praticado na direção de veículos automotores, em vias terrestres, durante circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga. Aplica-se o Código de Trânsito Brasileiro. **Crime no trânsito:** crime sem previsão específica nas leis de trânsito, mas que é praticado na condução de veículo automotor. Ex.: atropelamento e morte de pedestre na hipótese de o agente praticar conduta com dolo eventual. Responderá pelo art. 121 do CP, pois a Lei nº 9.503/97 (CTB) não tipifica o homicídio doloso, mas apenas o culposo (art. 302).

A hipótese de tentativa vem disposta na expressão "deveria produzir-se o resultado". Para ser aplicado o art. 5º, a circunstância alheia à vontade do agente que impediu a consumação do delito deve ocorrer no território nacional. Não há interesse do Estado de punir o agente se nenhuma fase ofensiva do delito (execução ou consumação) tiver sido praticada em nosso país. Se uma bomba é enviada da Argentina para o Brasil, mas sequer chega a entrar no território nacional, o crime não tocou em nosso País, de sorte que o Brasil não pode ser considerado lugar do crime. Isto quer dizer que não importa a intenção do agente, mas apenas que parte da execução do crime tenha se realizado em nosso território.

▸ CRIME COMETIDO (LITERALMENTE) NO ESPAÇO

"A Nasa está investigando o que poderia ser o primeiro crime cometido no espaço, informou o New York Times neste sábado. A astronauta Anne McClain é acusada de roubo de identidade e acesso irregular aos registros financeiros de sua ex-mulher a partir da Estação Espacial Internacional (ISS), onde estava realizando uma missão de seis meses, segundo o jornal americano". [https://exame.abril.com.br/ciencia/nasa-investiga-possivel-primeiro-crime-cometido-no-espaco/]

O art. 8º do **Tratado sobre Exploração e Uso do Espaço Cósmico,** promulgado no Brasil pelo Decreto nº 64.362/69, refere que "O Estado parte do Tratado em cujo registro figure o objeto lançado ao espaço cósmico conservará sob sua jurisdição e controle o referido objeto e todo o pessoal do mesmo objeto, enquanto se encontrarem no espaço cósmico ou em um corpo celeste". Assim, no caso concreto citado acima, a competência para apuração do crime será dos Estados Unidos, país responsável pelo lançamento da astronauta ao espaço.

3. EXTRATERRITORIALIDADE

O artigo 7º dispõe acerca da aplicação da lei brasileira a crimes cometidos em território estrangeiro, ao passo que o art. 5º trata da aplicação de lei brasileira a crimes cometidos em território brasileiro.

Obs.: não se aplica a lei penal brasileira às contravenções penais praticadas no estrangeiro (LCP, art. 2º).

3.1. Extraterritorialidade incondicionada

Aplica-se a lei nacional a determinados crimes cometidos fora do território, independentemente de qualquer condição, ainda que o acusado seja absolvido ou condenado no estrangeiro. São os seguintes crimes (CP, art. 7º, I):

a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;

b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público;

c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;

d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil.

3.2. Extraterritorialidade condicionada

Aplica-se a lei nacional a determinados crimes cometidos fora do território, desde que haja o concurso de algumas condições (art. 7º, II, e §§ 2º e 3º, do CP). São os crimes:

a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;

b) praticados por brasileiros;

c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercante ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

Nestes crimes, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

a) entrar o agente no território nacional;

b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;

c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;

d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;

e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

Obs.: Lei de Migração (Lei n. 13.445, de 24/05/2017): "Art. 82. Não se concederá a extradição quando: IV - a lei brasileira impuser ao crime pena de prisão inferior a 2 (dois) anos; VII - o fato constituir crime político ou de opinião".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP - 2020 - EBSERH - Advogado) Ficam sujeitos à lei brasileira, sem a necessidade do concurso de nenhuma condição, os seguintes crimes cometidos no estrangeiro: a) praticados por brasileiro. b) aqueles que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir. c) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil. d) praticados em aeronaves brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. e) praticados em embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados. **Gabarito: C.**

(IBFC - 2020 - EBSERH - Advogado) A delimitação da extensão territorial de determinado Estado é de extrema importância para a aplicação das normas, inclusive as normas penais. Sobre a lei penal no espaço, assinale a alternativa incorreta. a) Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional. b) Aplica-se a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil. c) Os casos de extraterritorialidade incondicional referem-se apenas a crimes de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil. d) Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar. e) Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes praticados por brasileiro. **Gabarito: C.**

(FGV - 2018 - AL-RO - Advogado) "Mévio, deputado estadual, estava de férias com sua família em embarcação brasileira, de natureza privada, na França, quando acabou por praticar um crime de lesão corporal grave contra um francês que foi desrespeitoso com seus filhos. Dias após do delito, Mévio retornou ao Brasil sem que os fatos chegassem ao conhecimento das autoridades francesas, mas, em razão de gravações por câmeras de celulares, o Ministério Público tomou conhecimento dos fatos. Considerando apenas as informações narradas, é correto afirmar que Mévio: A) não poderá vir a ser julgado no Brasil, já que o Código Penal adota o princípio da territorialidade e o crime foi praticado em território estrangeiro. B) não poderá vir a ser julgado no Brasil, pois, apesar de o Código Penal prever hipóteses de extraterritorialidade, Mévio não estava a serviço da Administração e a vítima era estrangeira; C) poderá vir a ser julgado no Brasil, ainda que já houvesse sido julgado no estrangeiro, diante da extraterritorialidade incondicionada justificada por ser funcionário público, mas eventual pena aplicada na França atenuaria a imposta no Brasil. D) poderá vir a ser julgado no Brasil, sendo indispensável que, dentre outras condições, o autor ingresse no país e não tenha sido absolvido na França. E) poderá vir a ser julgado no Brasil, pois, apesar de o Código Penal não prever causas de extraterritorialidade, aplica-se o princípio da territorialidade, já que a embarcação privada brasileira é considerada território nacional.

Gabarito: D

(NUCEPE - 2018 - PC-PI - Delegado de Polícia Civil) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes praticados por brasileiro; mesmo que o fato não seja punível também no país em que foi praticado".

O § 3º dispõe acerca de mais outra hipótese de extraterritorialidade condicionada: **crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil**. Nesta situação, além das condições previstas no § 2º, deve-se ainda observar se: a) não foi pedida ou foi negada a extradição; b) houve requisição do Ministro da Justiça. Por existirem duas outras condições específicas (alíneas "a" e "b"), essa hipótese é conhecida como **extraterritorialidade hipercondicionada.**

Questão: uma brasileira, a bordo de uma embarcação estrangeira de propriedade privada (embarcação registrada em país que não pune o aborto), enquanto navega em alto-mar, consente que terceiro provoque o aborto. Pergunta-se: será aplicada a lei penal brasileira? Resposta: não. Embora se trate de um fato considerado crime pela lei penal brasileira (art. 124 do CP), foi praticado fora do nosso território e em local em que não se pune o aborto, de sorte que faltará a condição disposta no art. 7º, § 2º, alínea "b". Deve haver a **dupla tipicidade**.

3.3. Princípios norteadores da extraterritorialidade

a) ***Princípio da proteção (de defesa ou real)***: aplica-se a lei nacional ao crime cometido fora do território, visando à tutela de bem jurídico nacional.

b) ***Princípio da universalidade (ou justiça mundial ou justiça cosmopolita)***: aplica-se a lei nacional ao crime cometido em qualquer localidade e independentemente da nacionalidade do sujeito.

c) ***Princípio da nacionalidade (personalidade)***: 1) personalidade ativa – aplica-se a lei nacional ao crime cometido por nacional fora de seu país; 2) personalidade passiva – crime cometido por nacional contra nacional, ou contra bem jurídico nacional.

d) ***Princípio da representação (ou bandeira ou pavilhão)***: aplica-se a lei nacional aos crimes praticados em aeronaves ou embarcações, mercantes ou de propriedade privada, quando não forem julgados no território estrangeiro. Deflui-se, dessa forma, que sua aplicação é subsidiária. Predomina que os destroços de navios ou aeronaves são considerados extensão do território nos quais são matriculados.

O Código Penal adotou os seguintes princípios em relação à extraterritorialidade:

Art. 7º, I, "a"	Princípio da proteção
Art. 7º, I, "b"	Princípio da proteção
Art. 7º, I, "c"	Princípio da proteção
Art. 7º, I, "d"	Duas posições: 1ª) Princípio da proteção (Damásio, p. 124) 2ª) Princípio da justiça universal (Nucci, p. 94)
Art. 7º, II, "a"	Princípio da justiça universal
Art. 7º, II, "b"	Princípio da nacionalidade ativa
Art. 7º, II, "c"	Princípio da representação
Art. 7º, § 3º	Duas posições: 1ª) Princípio da proteção (Damásio, p. 124) 2ª) Princípio da nacionalidade passiva (Hungria, p. 193)

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O Código Penal Brasileiro não adotou o princípio da representação na eficácia espacial da lei penal".

(Inst. Acesso – 2019 – PC-ES – Delegado de Polícia) João Carlos, 30 anos, brasileiro, com residência transitória na Argentina, aproveitando-se da aquisição de material descartado por uma indústria gráfica falida, passou a fabricar moeda brasileira em território argentino. Para garantir a diversidade da moeda falsificada, João imprimia notas de 50 e de 100 reais. Ao entrar em território brasileiro João foi revistado por policiais que encontraram as notas falsificadas em meio a sua bagagem. João foi acusado da prática do crime previsto no artigo 289 do Código Penal. De acordo com as teorias que informam a aplicação da lei penal brasileira no espaço, é correto dizer que, nesse caso, cabe a aplicação:

a) da lei argentina, em atenção à regra da territorialidade, uma vez que o crime fora praticado na Argentina.

b) incondicionada da lei brasileira, uma vez que o crime cometido atenta contra a fé pública.

c) condicionada da lei brasileira, pelo fato de a conduta ter sido cometida em território argentino.

d) condicionada da lei brasileira, já que a conduta integra dois ordenamentos jurídicos.

e) da lógica da extraterritorialidade, já que o fato ocorreu em território argentino.

Gabarito: B.

(FUNDEP – 2017 – MP-MG – Promotor de Justiça) No direito brasileiro, adota-se, no âmbito espacial, como regra, o princípio da territorialidade. Dada, porém, a relevância de certos bens, protege-os o direito até mesmo contra crimes praticados inteiramente fora do Brasil, em respeito a certos princípios. É o que chama a doutrina de aplicação extraterritorial condicionada ou incondicionada, conforme o caso, da lei penal brasileira. A esse respeito, assinale a alternativa INCORRETA:

a) A lei brasileira é aplicável, por força do princípio da justiça cosmopolita, ao crime contra a dignidade sexual de criança praticado no estrangeiro, quando o agente ou vítima for brasileiro ou pessoa domiciliada no Brasil, falando a doutrina, nesse caso, de aplicação extraterritorial incondicionada.

b) A lei brasileira é aplicável, por força do princípio da personalidade, ao crime praticado no estrangeiro por brasileiro, falando a doutrina, nesse caso, de extraterritorialidade condicionada.

c) A lei brasileira é aplicável, por força do princípio da proteção, ao crime praticado no estrangeiro contra a Administração Pública por quem está a seu serviço, falando a doutrina, nesse caso, de aplicação extraterritorial incondicionada.

d) A lei brasileira é aplicável, por força do princípio do pavilhão, ao crime praticado a bordo de embarcação mercante brasileira, quando em território estrangeiro e aí não seja julgado, falando a doutrina, nesse caso, de aplicação extraterritorial condicionada.

Gabarito: A.

(FCC – 2015 – TCM-RJ – Procurador da Procuradoria Especial) "No que concerne à aplicação da lei penal no espaço, o princípio pelo qual se aplica a lei do país ao fato que atinge bem jurídico nacional, sem nenhuma consideração a respeito do local onde o crime foi praticado ou da nacionalidade do agente, denomina-se princípio: a) da nacionalidade; b) da territorialidade; c) de proteção; d) da competência universal; e) de representação". **Gabarito: C.**

(CESPE – 2014 – TJ-DFT – Juiz de Direito) "A respeito da aplicação da lei penal no espaço, assinale a opção *correta*: a) Sujeitar-se-á à jurisdição penal brasileira cidadão chileno que praticar, a bordo de navio estrangeiro em águas marinhas correspondentes à zona econômica exclusiva brasileira, homicídio contra cidadão italiano domiciliado no Brasil; b) Considera-se lugar do crime, para efeito de fixação da competência territorial da jurisdição penal brasileira, o lugar em que ocorreu a ação ou a omissão, no todo ou em parte, bem como o lugar em que se produziu o resultado; c) Caso, a bordo de embarcação privada, em alto-mar, de propriedade de uma organização não governamental que ostente bandeira de país onde o aborto seja legalizado, um médico brasileiro provoque aborto em uma gestante brasileira, com seu consentimento, ambos responderão pelo crime de aborto previsto na lei penal brasileira; d) A expressão "águas jurisdicionais brasileiras", contida na Lei n.º 9.605/1998, é sinônima de mar territorial brasileiro, cuja extensão é de duzentas milhas, contadas do baixa-mar do litoral continental e insular; e) Dado o princípio da extraterritorialidade incondicionada, estará sujeito à jurisdição brasileira aquele que praticar, a bordo de navio a serviço do governo brasileiro em águas territoriais argentinas, crime contra o patrimônio da União".

Gabarito: B.

3.4. Extraterritorialidade prevista na Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura)

Nos termos do art. 2º da Lei nº 9.455/97: "O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira". Ou seja, trata de outra hipótese de extraterritorialidade da lei penal brasileira.

A primeira parte (crime de tortura praticado no estrangeiro *sendo a vítima brasileira*) se refere a uma hipótese de extraterritorialidade incondicionada.

Por sua vez, a segunda parte (crime de tortura praticado no estrangeiro encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira) se trata de hipótese de extraterritorialidade incondicionada para alguns autores (Nucci; Gabriel Habib) e condicionada para outros (Capez).

Entendemos que se trata de extraterritorialidade condicionada. A condição não está prevista na lei especial nem no Código Penal, mas em duas convenções sobre a tortura: Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (art. 8º) e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (art. 11). Os dispositivos citados **condicionam** que a lei será aplicada caso **não haja extradição**. Ou seja, se for caso de extradição, não incidirá a lei do país em que o agente se encontrar.

4. PENA CUMPRIDA NO ESTRANGEIRO

Pode ocorrer que o agente seja condenado no estrangeiro e no Brasil pela prática do mesmo crime. Nesse caso, para não haver a dupla punição pelo cometimento da mesma infração (*non bis in idem*), estabelece o art. 8º do CP que "a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas".

Assim, nada impede que o agente seja processado tanto no Brasil quanto no estrangeiro pela prática do mesmo fato. A propósito: "1. A litispendência guarda relação com a ideia de que ninguém pode ser processado quando está pendente de julgamento um litígio com as mesmas partes (eadem personae), sobre os mesmos fatos (eadem res), e com a mesma pretensão (eadem petendi), que é expressa por antiga máxima latina, o ne bis in idem. 2. Pela análise de normativa internacionais incorporada e vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, constata-se a regra de que é a sentença definitiva oriunda de distintos Estados soberanos - e não a existência de litígio pendente de julgamento - que pode obstar a formação, a continuação ou a sobrevivência da relação jurídica processual que configuraria a litispendência. 3. Não há elementos suficientes nos autos para se afirmar, com certeza, que a investigação realizada no Uruguai envolveu exatamente as mesmas condutas. Ademais, caso se reconheça, na jurisdição ordinária, que o recorrente haja respondido, no Uruguai, pelos mesmos fatos delituosos a que veio a ser condenado no Brasil, dúvidas não há de que incidirá o art. 8º do Código Penal: "A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas". Tal dispositivo, embora não cuide propriamente da proibição de dupla punição e persecução penais, dispõe sobre o modo como deve ser resolvida a situação de quem é punido por distintos Estados soberanos pela prática do mesmo delito. 4. Não se afigura possível, na via estreita do habeas corpus, avaliar a extensão das investigações realizadas numa e noutra ação penal, bem como os fatos delituosos objeto de um e de outro processo, para se concluir, com precisão, se há ou não bis in idem ou litispendência. 5. A questão da litispendência há de ser enfrentada e dirimida nas instâncias ordinárias, onde o maior âmbito da cognição - horizontal e vertical - permitirá a aferição da efetiva ocorrência do alegado pressuposto negativo da validade da relação processual" (STJ, 6ª T., RHC 104.123, j. 17/09/2019).

5. LEI PENAL EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS

5.1. Imunidades Diplomáticas

A imunidade diplomática é regulada pela Convenção de Viena de 1961, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 56.435/65. Trata-se de prerrogativa cuja finalidade não é beneficiar indivíduos, mas garantir o eficaz desempenho das funções das Missões diplomáticas, em seu caráter de representantes dos Estados. Nos termos do art. 29, "a pessoa do agente diplomático é inviolável. Não poderá ser objeto de nenhuma forma de detenção ou prisão. O Estado acreditado trata-lo-á com o devido respeito e adotará todas as medidas adequadas para impedir qualquer ofensa à sua

pessoa, liberdade ou dignidade". Por sua vez, conforme art. 31, item 1, "O agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado". Nos termos do art. 37, "Os membros da família de um agente diplomático que com ele vivam gozarão dos privilégios e imunidade mencionados nos artigos 29 e 36, desde que não sejam nacionais do estado acreditado" (item 1). Os membros do pessoal administrativo e técnico da missão, assim como os membros de suas famílias que com eles vivam, desde que não sejam nacionais do estado acreditado nem nele tenham residência permanente, gozarão dos privilégios e imunidades mencionados nos artigos 29 a 35 com certas ressalvas dispostas do item 2 do art. 37.

As sedes diplomáticas (art. 22) e as residências dos membros do quadro (art. 30) são invioláveis, mas não são consideradas como território estrangeiro.

Os cônsules possuem apenas imunidade ao processo – penal ou civil – pelos atos realizados no exercício de suas funções (REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*, p. 162). Não se estende aos familiares. A matéria é regulada pela Convenção de Viena de 1963, promulgada no Brasil pelo Decreto 61.078/67.

5.2. Imunidades Parlamentares

Conforme o art. 53, *caput*, da CF: "Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos". A finalidade dessa **imunidade material** é garantir a liberdade e independência da função parlamentar, de sorte que não se trata de privilégio pessoal.

A imunidade parlamentar (ou material ou substancial) está vinculada às atividades parlamentares, razão pela qual deve haver conexão temática entre o exercício do mandato e a eventual ofensa. Os excessos cometidos, com o firme propósito de ofender a honra alheia, não estão acobertados pela imunidade, já que não há nexo com a atividade legislativa. Vejamos: "1. A inviolabilidade material, no que diz com o agir do parlamentar fora da Casa Legislativa, exige a existência de nexo de implicação entre as declarações delineadoras dos crimes contra a honra a ele imputados e o exercício do mandato. Estabelecido esse nexo, a imunidade protege o parlamentar por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (artigo 53, caput, da CF), e não se restringe às declarações dirigidas apenas a outros Congressistas ou militantes políticos ostensivos, mas a quaisquer pessoas. 2. Imunidade parlamentar material reconhecida na espécie, proferida as manifestações em entrevista do Deputado Federal a rádio no âmbito de atuação marcadamente parlamentar, em tema de fiscalização do processo eleitoral em município do seu Estado, situação conducente à atipicidade de conduta. 3. Agravo regimental conhecido e não provido" (STF, 1ª T., Pet 7434 AgR, j. 01/03/2019).

Entende o Pretório Excelso que, se as partes se encontram em posição de claro antagonismo político, ocorre a presunção do nexo entre o conflito e o debate político que, por sua vez, se insere na esfera de atuação parlamentar em razão do mandato. Nesse sentido: "Apesar de lamentáveis e tradutoras de falta de civilidade em relações que se almejam de respeito e tolerância em

sociedades civilizadas, há que se reconhecer a incidência da imunidade material em discurso ofensivo proferido por parlamentar em contexto de antagonismo político. 3. Agravo regimental conhecido e não provido" (STF, 1ª T., Pet 7107 AgR, j. 10/05/2019).

O STF possui decisão fazendo distinção entre ofensas irrogadas dentro ou fora do Congresso:

> "A palavra 'inviolabilidade' significa intocabilidade, intangibilidade do parlamentar quanto ao cometimento de crime ou contravenção. Tal inviolabilidade é de natureza material e decorre da função parlamentar, porque em jogo a representatividade do povo. O art. 53 da Constituição Federal, com a redação da Emenda nº 35, não reeditou a ressalva quanto aos crimes contra a honra, prevista no art. 32 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Assim, é de se distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. **Somente nessas últimas ofensas irrogadas fora do Parlamento é de se perquirir da chamada 'conexão como exercício do mandato ou com a condição parlamentar' (INQ 390 e 1.710). Para os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade**. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa. No caso, o discurso se deu no plenário da Assembleia Legislativa, estando, portanto, abarcado pela inviolabilidade. Por outro lado, as entrevistas concedidas à imprensa pelo acusado restringiram-se a resumir e comentar a citada manifestação da tribuna, consistindo, por isso, em mera extensão da imunidade material. Denúncia rejeitada" (Inq 1958, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2003). (SEM DESTAQUES NO ORIGINAL)

Entendemos que a liberdade dos parlamentares por suas opiniões, palavras e votos que extrapolam o ordinário, de forma abusiva, a ponto de rebaixar-se a um insulto, não merece proteção constitucional, mesmo que a manifestação seja dentro do Congresso Nacional, uma vez que deve prevalecer o valor fundamental da dignidade da pessoa humana. Deve ser salientado que os direitos e garantias constitucionais não são absolutos, podendo, em certos casos, sofrer restrições em razão de relevante interesse público ou exigências decorrentes do princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas (a propósito: STJ, HC 40300, j. 07/06/2005).

Por outro lado, nos termos da **Súmula 245 do STF:** "A imunidade parlamentar não se estende ao co-réu sem essa prerrogativa". Todavia, adotando o posicionamento de que a imunidade parlamentar afasta a tipicidade (nesse sentido as decisões abaixo), essa antiga Súmula não tem aplicação ao partícipe, uma vez que este só é punido se a conduta principal (praticada pelo autor) for típica e ilícita, segundo a **teoria da acessoriedade limitada.** Se o autor (parlamentar) não comete fato típico, o partícipe por nada responderá.

> **STF:** "1. O afastamento da imunidade material prevista no art. 53, *caput*, da Constituição da República só se mostra cabível quando claramente ausente vínculo entre o conteúdo do ato praticado e a função pública parlamentar

exercida ou quando as ofensas proferidas exorbitem manifestamente os limites da crítica política. Precedentes. 2. Configurada, no caso, hipótese de manifestação protegida por imunidade material, há **ausência de tipicidade da conduta**, o que leva à improcedência da acusação, a teor do art. 6º da Lei 8.038/1990. 3. Acusação improcedente" (Pleno, Inq 3677, j. 27/03/2014).

STJ: "1. Este STJ e o colendo STF, em inúmeras oportunidades já decidiram que a imunidade material garantida pelos arts. 27, § 1º, e 53, ambos da Constituição Federal, aos Deputados Estaduais **afasta a tipicidade** quanto a eventuais delitos contra a honra por acaso praticados no âmbito de sua atuação político-legislativa, ainda que praticados fora do recinto Parlamentar" (Corte Especial, APn 728, j. 17/12/2014).

O art. 53, *caput*, também se aplica aos **Deputados Estaduais** por força do art. 27, § 1º, da CF: "(...) 2. Conforme a dicção do art. 53 da Constituição da República, os deputados federais e senadores gozam de imunidade parlamentar material, o que afasta a tipicidade de eventuais condutas, em tese, ofensivas à honra praticadas no âmbito de sua atuação político-legislativa. Tal imunidade, por certo, é estendida aos deputados estaduais, a teor do disposto no art. 27, § 1º, da CF. 3. No caso, verifica-se que as alegadas ofensas à honra subjetiva descritas na queixa-crime foram dirigidas contra o então chefe do Poder Executivo estadual na tribuna da Assembleia Legislativa, e estão diretamente relacionadas ao exercício do seu mandado de Deputado Estadual pelo paciente, o que evidencia a atipicidade das condutas, corolário da imunidade material dos parlamentares. 4. Extrai-se da própria queixa-crime que as aludidas ofensas, além de realizadas na tribuna da Assembleia Legislativa, foram proferidas enquanto o deputado tecia críticas a uma proposta encaminhada pelo Governo Estadual. 5. Ordem concedida para trancar a Ação Penal (...)" (STJ, 5ª T., HC 443.385, j. 06/06/2019).

Por sua vez, a CF garante no art. 29, VIII, a "inviolabilidade dos **Vereadores** por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município". O STF já firmou o entendimento de que a imunidade concedida aos vereadores diz respeito a pronunciamentos que estejam diretamente relacionados com o exercício de seu mandato, que ocorram dentro ou fora do recinto da Câmara de Vereadores, inclusive em entrevistas à imprensa, desde que na circunscrição do Município (AI 698921 AgR, j. 23/06/2009). No mesmo sentido: "Nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do mandato, os vereadores são imunes judicialmente por suas palavras, opiniões e votos (STF, RE 600.063, Rel. Min. Marco Aurélio)" (STF, AI 488819 ED, 1ª T., j. 29/09/2015).

5.3. Presidente da República

a) **infração penal não funcional praticada no curso do mandato:** imunidade temporária (CF, art. 86, § 4º).

b) **infração penal praticada antes do início do mandato:** imunidade temporária (CF, art. 86, § 4º).

c) **infração penal comum praticada no curso do mandato por atos cometidos em razão do exercício de suas funções:** não há imunidade (CF, art. 86,

caput, c/c art. 86, § 4º). Depois de admitida a acusação por 2/3 da Câmara dos Deputados, o Presidente da República será submetido a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

d) **infração político-administrativa (crime de responsabilidade - Lei 1.079/50):** não há imunidade (CF, art. 85, *caput*, e art. 86, *caput*). Depois de admitida a acusação por 2/3 da Câmara dos Deputados, o Presidente da República será submetido a julgamento pelo Senado Federal.

Segundo entendimento do STF, o presidente não possui imunidade penal, mas sim imunidade temporária à persecução penal. Nesse sentido:

> STF - "1. O que o art. 86, § 4º, confere ao Presidente da República não é imunidade penal, mas imunidade temporária à persecução penal: nele não se prescreve que o Presidente é irresponsável por crimes não funcionais praticados no curso do mandato, mas apenas que, por tais crimes, não poderá ser responsabilizado, enquanto não cesse a investidura na presidência. 2. Da impossibilidade, segundo o art. 86, § 4º, de que, enquanto dure o mandato, tenha curso ou se instaure processo penal contra o Presidente da República por crimes não funcionais, decorre que, se o fato é anterior à sua investidura, o Supremo Tribunal não será originariamente competente para a ação penal, nem consequentemente para o *habeas corpus* por falta de justa causa para o curso futuro do processo. 3. Na questão similar do impedimento temporário à persecução penal do Congressista, quando não concedida a licença para o processo, o STF já extraíra, antes que a Constituição o tornasse expresso, a suspensão do curso da prescrição, até a extinção do mandato parlamentar: deixa-se, no entanto, de dar força de decisão à aplicabilidade, no caso, da mesma solução, à falta de competência do Tribunal para, neste momento, decidir a respeito. (STF, HC 83154, DJU 21/11/2003).

O Presidente goza de **imunidade à prisão**, nos termos do art. 86, § 3º, da CF: *Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito à prisão.*

5.4. Outras inviolabilidades

a) **Magistrado:** "Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir" (art. 41 da LOMAN, LC 35/79). Segundo o STF, "O magistrado é inviolável pelas opiniões que expressar ou pelo conteúdo das decisões que proferir, não podendo ser punido nem prejudicado em razão de tais pronunciamentos. É necessário, contudo, que esse discurso judiciário, manifestado no julgamento da causa, seja compatível com o 'usus fori' e que, desprovido de intuito ofensivo, guarde, ainda, com o objeto do litígio, indissociável nexo de causalidade e de pertinência" (Pleno, Inq 2699, j. 12/03/2009).

b) **Membro do Ministério Público:** "Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: (...) gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou

pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional" (art. 41, V, da LONMP – Lei n.º 8.625/93).

c) **Advogado:** "O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação [~~**ou desacato**~~] puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer" (art. 7º, § 2º, do Estatuto da OAB, Lei n.º 8.906/94). A expressão "*ou desacato*" foi considerada inconstitucional pelo STF **(ADIN 1.127-8)**.

Inviolabilidade relativa do advogado: a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, estabelecida no art. 133 da CF, é relativa, não alcançando todo e qualquer crime contra a honra, como a *calúnia* (RE 585901, j. 21/09/2010). De acordo com o STJ, a lei protege a imunidade funcional – aquela que guarda relação de causalidade com a nobilíssima atividade do advogado –, mas não consagra direito do causídico de ultrapassar os limites da lide, devendo todo o excesso ser punido (REsp 1180780, j. 15/02/2011). Ainda: "1. Da leitura do disposto no artigo 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994, percebe-se que a imunidade dos advogados restringe-se aos crimes de injúria e difamação, e pressupõe que as manifestações sejam proferidas no exercício de sua atividade, ainda que fora do juízo. 2. Desse modo, eventual comportamento ilícito adotado pelo advogado fora do exercício de suas atividades profissionais não está acobertado pela imunidade que lhe é conferida por lei, sendo passível de punição" (STJ, 5ª T., RHC 55.830, j. 03/11/2015); "No art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994, a imunidade dos advogados restringe-se aos crimes de injúria e de difamação, e pressupõe que as manifestações sejam proferidas no exercício de sua atividade, ainda que fora do juízo. A prática de atos pelo advogado submete-se e restringe-se ao exame da estrita legalidade, não podendo ser invocada a imunidade profissional, que não é absoluta, para respaldar o cometimento de eventuais atos ilícitos, pois, do contrário, apresentar-se-ia de modo inconciliável com a dignidade da profissão, atentando contra todo o conjunto normativo que lhe rege o exercício regular e legítimo. Precedentes. A prática de condutas ilícitas e típicas exige a intervenção do Direito Penal" (STJ, 6ª T., RHC 114587, j. 16/06/2020).

Capítulo V

Disposições finais sobre a aplicação da lei penal

1. EFICÁCIA DA SENTENÇA ESTRANGEIRA

Nos termos do art. 9º do CP, a sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:

> I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;
>
> II – sujeitá-lo a medida de segurança.

Compete ao STJ a homologação de sentença estrangeira (CF, art. 105, I, *i*, de acordo com a EC nº 45/2004).

A homologação depende: a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada; b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – TCM-GO – Procurador do Ministério Público de Conta) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A sentença estrangeira pode ser executada no Brasil para obrigar o condenado a reparar o dano independentemente de homologação".

Obs.: Segundo salientado no Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos (elaborado pelo Ministério da Justiça), "A preocupação do Estado brasileiro com a cooperação jurídica internacional tem aumentado em função dos novos contornos da inserção internacional do país e, em especial, do combate ao crime de caráter transnacional. Ademais, cada dia é maior o contingente de brasileiros que estão no exterior e de estrangeiros que ingressam no país, seja de forma temporária ou permanente. Como exemplo da crescente relevância conferida internamente à matéria, destaca-se, no plano administrativo, a criação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional, em 2004. Em decorrência direta da atuação desse órgão, tivemos a internacionalização de uma série de tratados internacionais nos últimos anos". Nesse ponto, o CPC/15 (Lei nº

13.105/2015) inovou para regulamentar a matéria *cooperação internacional*, a qual é tratada nos artigos 26 a 41.

2. CONTAGEM DE PRAZO

O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Saliente-se que o prazo no Direito Penal, cuja importância se relaciona ao cumprimento da pena, favorece o acusado, uma vez que o primeiro dia é computado e, também, por ser improrrogável. Os dias, os meses e os anos contam-se pelo calendário comum (gregoriano).

Exemplo: uma pena de 1 ano iniciada no dia 04 de janeiro de 2020, às 18 horas, terá seu término no dia 03 de janeiro de 2021, às 24 horas.

Pelo Código de Processo Penal, exclui-se o dia do começo na contagem dos prazos (CPP, art. 798, § 1º).

Para a incidência da prescrição e decadência observa-se a regra do art. 10 do Código Penal.

3. FRAÇÕES NÃO COMPUTÁVEIS DE PENA

Na aplicação das penas privativas de liberdade e nas restritivas de direitos, desprezam-se as frações de dia. Na aplicação da pena de multa, desprezam-se as frações da unidade monetária vigente (CP, art. 11).

4. APLICAÇÃO DAS NORMAS GERAIS DO CÓDIGO PENAL

Nos termos do art. 12 do CP, as suas regras gerais (previstas na parte geral e na parte especial) possuem aplicação subsidiária em relação às leis especiais. Observe-se que não se aplicará as regras gerais do CP na hipótese da legislação especial regular a matéria de forma diversa. *Exemplo*: não se aplica a regra do crime tentado (art. 14, II e parágrafo único) às contravenções penais, uma vez que a legislação específica dispõe que não se pune a tentativa de contravenção (art. 4º da LCP).

Parte III

TEORIA GERAL DO CRIME

Capítulo I ▸ **Introdução**

Capítulo II ▸ **Conduta**

Capítulo III ▸ **Resultado**

Capítulo IV ▸ **Nexo de causalidade**

Capítulo V ▸ **Tipicidade**

Capítulo VI ▸ **Tipo doloso**

Capítulo VII ▸ **Tipo culposo**

Capítulo VIII ▸ **Crime preterdoloso**

Capítulo IX ▸ **Fases da realização do delito**

Capítulo X ▸ **Ilicitude (antijuridicidade)**

Capítulo XI ▸ **Culpabilidade**

Capítulo XII ▸ **Erro de tipo**

Capítulo XIII ▸ **Erro de proibição**

Capítulo 1

Introdução

1. CONCEITO DE CRIME

a) **Legal:** considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa (art. 1º da LICP – Lei de Introdução do Código Penal).

b) **Material (substancial):** refere-se ao conteúdo do ilícito penal, com análise da conduta danosa e sua consequência social. Nesse sentido, crime é o comportamento humano que causa lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

c) **Formal (formal sintético):** conceito sob o aspecto da contradição do fato à norma penal, ou seja, é toda a conduta (ação ou omissão) proibida por lei sob ameaça de pena.

d) **Analítico (dogmático ou formal analítico):** enfoca os elementos ou requisitos do crime. O delito é concebido como conduta típica, antijurídica e culpável (conceito tripartido), ou apenas como conduta típica e antijurídica (conceito bipartido).

CRIME (Conceito tripartido)		
Fato típico	**Ilicitude**	**Culpabilidade**

CRIME (Conceito bipartido)	
Fato típico	**Ilicitude**

Pelo conceito bipartido, a culpabilidade não é elemento do crime, mas sim pressuposto de aplicação da pena. Pode ter ocorrido o crime (fato típico + ilicitude) e mesmo assim ser o agente isento de pena.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2018 – PC-BA – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Os partidários da teoria tripartida do delito consideram a culpabilidade como pressuposto da pena e não elemento do crime".

(VUNESP - 2008 - DPE-MS - Defensor Público) *Questão discursiva:* "Lê-se, como manchete de um jornal sensacionalista: 'Crime de homicídio praticado em legítima defesa'. À luz da Teoria do Delito e de seu conceito analítico tripartido (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), a manchete do jornal é tecnicamente correta? Não deixe de analisar e conceituar os elementos do crime e como eles se relacionam, indicando os dispositivos legais pertinentes".

(TRT23 - 2007 - Juiz do Trabalho) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Quanto ao conceito analítico de crime, há duas teorias, a primeira, denominada de tripartite, segundo a qual crime é todo fato típico, antijurídico e culpável e, a segunda, considera crime todo fato típico e antijurídico".

Além de ser majoritário na doutrina, o **conceito tripartite ou tripartido** é adotado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. A propósito: "Inviável reputar negativo o vetor do art. 59 do Código Penal com fundamento exclusivo nos elementos constitutivos e descritivos do crime. Desse modo, impõe-se o decotamento da avaliação negativa da circunstância judicial da culpabilidade, porquanto a indicada potencial consciência da ilicitude e exigência de conduta diversa constituem pressupostos da culpabilidade como elemento do crime" (STF, 2ª T., HC 126202, j. 30/06/2015). Ainda: "Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida" (STJ, 5ª T., HC 355732, j. 18/08/2016).

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DOS CRIMES

2.1. Crime simples, crime qualificado e crime privilegiado

Crime simples: é o tipo penal básico (ex.: art. 121, *caput* - homicídio simples), sem conter circunstância que modifique a pena.

Crime qualificado: o tipo penal possui circunstância que torna a pena mais elevada do que a do tipo básico (ex.: art. 121, § 2º - homicídio qualificado).

Crime privilegiado: possui circunstância que torna a pena menos grave do que a do tipo básico (ex.: art. 242, parágrafo único).

2.2. Crime comum, crime próprio e crime de mão própria

Crime comum: o tipo penal não exige nenhuma qualidade específica do sujeito ativo, de modo que qualquer pessoa poderá praticá-lo (ex.: homicídio, lesão corporal, furto, roubo, estelionato).

Crime próprio: o tipo penal exige uma qualidade especial do sujeito ativo (ex.: art. 312 - peculato, que requer a qualidade de funcionário público).

Crime de mão própria: o tipo penal exige do sujeito ativo qualidade específica e, ainda, que realize a conduta pessoalmente, de sorte que não se admite

coautoria e, segundo predomina, nem a autoria mediata. Ex.: crime de autoaborto (art. 124, 1ª parte).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Crime próprio é aquele que só pode ser praticado pelo agente pessoalmente, não podendo este utilizar-se de interposta pessoa (a exemplo do que ocorre no falso testemunho)".

2.3. Crime militar

Crime militar próprio: previsto apenas no Código Penal Militar (ex.: art. 187 – deserção).

Crime militar impróprio: a mesma figura típica do CPM é prevista no CP ou em outras leis especiais (ex.: o crime de furto é previsto no CPM e no CP).

2.4. Crime instantâneo, crime permanente e crime instantâneo de efeitos permanentes

Crime instantâneo: a consumação é imediata (ex.: art. 121 – homicídio).

Crime permanente: a consumação se protrai no tempo (ex.: art. 148 – sequestro e cárcere privado).

Crime instantâneo de efeitos permanentes: a consumação é imediata, mas o resultado se prolonga no tempo independente da vontade do agente (ex.: art. 235 – bigamia).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2018 – PC-MA – Delegado de Polícia Civil) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Nos crimes instantâneos de efeitos permanentes, a consumação do crime perdura até quando o sujeito quiser".

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O crime de cárcere privado é tipicamente instantâneo, haja vista que já se consuma com a efetiva restrição ou privação da liberdade de locomoção por tempo juridicamente relevante".

(MP-BA – 2015 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No crime instantâneo, a obtenção da vantagem pelo sujeito ativo tem momento certo e determinado".

2.5. Crime habitual

Para se realizar depende de uma reiteração de atos reveladores de um modo de vida do agente. Assim, a consumação, em regra, não ocorrerá com a prática de apenas um ato, mas sim de vários atos que caracterizaram um estilo de vida. Uma vez configurado o crime habitual, os atos posteriores não constituem mero exaurimento ou novo crime, mas formam delito único (ex.: art. 284 – curandeirismo; art. 282 – exercício ilegal de medicina, arte dentária ou farmacêutica).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2018 - PC-MA - Delegado de Polícia Civil) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No crime habitual, as ações que o compõem, consideradas isoladamente, não constituem crimes".

A doutrina moderna aponta o chamado **crime habitual impróprio**, em que o tipo penal descreve um fato que manifesta um estilo de vida do agente, mas para consumação basta a prática de apenas um ato, sendo os demais apenas reiteração do mesmo crime. Nesse sentido: STF: "(...) O delito previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 é habitual impróprio, ou acidentalmente habitual, em que uma única ação tem relevância para configurar o tipo, inobstante sua reiteração não configure pluralidade de crimes (...)" (HC 87987); STJ: "Esta Corte já decidiu que o crime de gestão fraudulenta, consoante a doutrina, pode ser visto como crime habitual impróprio, em que uma só ação tem relevância para configurar o tipo, ainda que a sua reiteração não configure pluralidade de crimes" (HC 39.908/PR); "1. Pacificou-se nos Tribunais Superiores o entendimento de que o crime de gestão fraudulenta classifica-se como **habitual impróprio**, bastando uma única ação para que se configure. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça - STJ e do Supremo Tribunal Federal - STF (HC 284.546/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 8/3/2016). 1.1. Consoante outro precedente (HC 39.908/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 03.04.2006), contemporâneo ao cometimento do delito entre 2003 e 2004, já havia nesta Corte adoção do entendimento de que o crime de gestão fraudulenta era **habitual impróprio**, sendo certo que a aplicação do referido entendimento no caso concreto, por se tratar de consolidação jurisprudencial, não viola o impeditivo de retroatividade de norma mais gravosa ao réu" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1440594, j. 21/11/2019); "Com a ressalva de entendimento pessoal, a jurisprudência desta Corte firmou a compreensão de que no **delito habitual impróprio ou acidentalmente habitual**, entre os quais se insere a gestão temerária, um único ato é capaz de consumar o crime, muito embora a reiteração de atos não constitua delito autônomo, mas mero desdobramento dessa habitualidade, de modo que a reiteração não corresponde ao concurso de crimes" (STJ, 6ª T., HC 444389, j. 22/09/2020).

2.6. Crime comissivo, crime omissivo e crime de conduta mista

Crime comissivo: o tipo penal descreve uma ação proibida (ex.: art. 121). A norma penal é proibitiva.

Crime omissivo próprio: o tipo penal descreve uma conduta omissiva (não fazer). Para sua consumação dispensa qualquer resultado naturalístico. A norma penal nesse caso é preceptiva ou mandamental (ex.: art. 135 - omissão de socorro).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC - 2011 - TCE-SP - Procurador do Ministério Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Os crimes que resultam do não fazer o que a lei manda, sem dependência de qualquer resultado naturalístico, são chamados de (...) omissivos próprios".

Crime omissivo impróprio (comissivo por omissão): em certas situações (art. 13, § 2º), mesmo o tipo penal descrevendo uma ação, pode haver a sua execução por omissão. O agente deixa de evitar o resultado quando podia e devia agir (ex.: salva-vidas dolosamente deixa de evitar a morte de pessoa que estava se afogando – CP, art. 121, c/c art. 13, § 2º). Sua consumação se dá no momento em que ocorre o resultado naturalístico. Obs.: no Capítulo "Nexo de Causalidade", é abordado o chamado **crime omissivo por comissão**.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2018 – PC-MA – Delegado de Polícia Civil) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Os crimes omissivos impróprios se perfazem com a mera abstenção da realização de um ato, independentemente de um resultado posterior".

Crimes de conduta mista: são aqueles em que o tipo penal prevê dois comportamentos (uma ação seguida de uma omissão). Ex.: art. 169, par. único, II, do CP – o agente acha coisa alheia perdida (ação) e deixa de restituí-la (omissão).

2.7. Crime monossubjetivo e crime plurissubjetivo

Crime monossubjetivo (unissubjetivo): o tipo exige apenas um agente realizando a conduta típica, mas pode haver concurso de pessoas.

Crime plurissubjetivo: o tipo exige dois ou mais agentes para a configuração do crime. Pode ser por conduta paralela (mesmo objetivo – ex.: associação criminosa), conduta divergente (as ações são dirigidas de uns contra os outros – ex.: rixa) e conduta convergente (o tipo penal reclama dois agentes, cujas condutas tendem a se encontrar – ex.: bigamia).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-BA – 2015 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Todos os crimes plurissubjetivos pressupõem concurso de agentes necessário. Como exemplo de crime plurissubjetivo, em sua modalidade paralela, temos a associação criminosa".

2.8. Crime unissubsistente e crime plurissubsistente

Crime unissubsistente: consuma-se com a prática de um só ato (ex.: injúria verbal); ***crime plurissubsistente:*** consuma-se com a prática de um ou vários atos (ex.: art. 121 – homicídio).

2.9. Crime consumado, crime tentado e crime exaurido

Crime consumado: ocorre quando se reúnem todos os elementos de sua definição legal (art. 14, I); ***crime tentado:*** ocorre quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II); ***crime exaurido:*** consequência mais lesiva após a consumação (ex.: recebimento da vantagem após a extorsão mediante sequestro).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2015 - TJ-PB - Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Para que se verifique o exaurimento do crime, é necessário que, depois de sua consumação, o delito atinja suas últimas consequências".

2.10. Crime de ação única e crime de ação múltipla

Crime de ação única: o tipo prevê apenas uma forma de conduta (um verbo).

Crime de ação múltipla: o tipo prevê várias formas de conduta (ex.: art. 122 - induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio). Os crimes de ação múltipla podem ser de ação alternativa ou cumulativa. No caso dessa última, se o agente pratica mais de uma ação, terá praticado mais de um crime.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP - 2015 - TJ-MS - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Crime de ação múltipla é aquele em que o sujeito necessita percorrer várias ações do preceito fundamental para que consiga chegar ao resultado, sem a qual não há como se subsumir a conduta ao delito".

2.11. Crime material, crime formal e crime de mera conduta

Crime material: o tipo descreve a conduta e o resultado naturalístico. Para consumar o delito é necessário o resultado naturalístico (ex.: homicídio, furto, roubo).

Crime formal (consumação antecipada): o tipo descreve uma conduta que possibilita a produção de um resultado naturalístico, mas não exige a realização deste (ex.: no crime de extorsão mediante sequestro o tipo descreve a conduta de sequestrar, bem como descreve o resultado, que é o recebimento da vantagem, mas para a sua consumação basta o sequestro com o fim de alcançar o resultado).

Sobre o tema merece destaque o enunciado da **Súmula 500 do STJ**: "A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal".

Crime de mera conduta: o tipo descreve apenas a conduta, da qual não decorre nenhum resultado naturalístico externo a ela (ex.: porte ilegal de arma de fogo). Obs.: para alguns autores, não existe diferença entre crimes formais e de mera conduta, já que em ambos não é exigida a produção de nenhum resultado naturalístico.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC - 2015 - TJ-GO - Juiz de Direito) "Segundo entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, os crimes de extorsão e de corrupção de menores são de natureza: a) material e de mera conduta, respectivamente; b) formal; c) formal e material, respectivamente; d) material e formal, respectivamente; e) material". **Gabarito: B.**

(MP-BA - 2015 - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A extorsão, a ameaça e a injúria verbal são exemplos de crimes de consumação antecipada".

2.12. Crime de dano e crime de perigo

Crime de dano: consuma-se com a efetiva lesão ao bem jurídico (ex.: art. 121 – homicídio).

Crime de perigo: consuma-se com a possibilidade de lesão ao bem jurídico (ex.: art. 132 – periclitação). Pode ser de:

- *Perigo concreto*: aquele que necessita de comprovação do perigo. *Exemplo*: CTB, art. 309 – *Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano*). Nesse sentido a **Súmula 720 do STF:** "O art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que reclama decorra do fato perigo de dano, derrogou o art. 32 da Lei das Contravenções Penais no tocante à direção sem habilitação em vias terrestres".
- *Perigo abstrato/presumido: aquele* que dispensa a comprovação de ter sido o bem jurídico colocado em situação de perigo. O perigo é inerente à própria conduta. Basta a realização da conduta para a consumação do delito. *Ex.*: porte ilegal de arma de fogo. Nesse sentido: "Nos crimes de perigo abstrato, dentre eles o previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03, presume-se que o agente, ao realizar a conduta descrita na norma incriminadora, expõe o bem jurídico tutelado a risco, prescindindo de demonstração de efetiva situação de perigo. Assim, ao contrário do que sustenta o agravante, o porte de munição, mesmo que desacompanhado da correspondente arma de fogo, configura conduta típica" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1748322, j. 24/11/2020).

No crime de perigo abstrato, o tipo proíbe determinado comportamento considerado perigoso, dispensando a sua comprovação.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O crime de porte de arma de fogo (art. 14 da Lei n. 10.826/2003) é um crime de perigo concreto".

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Segundo a jurisprudência dominante do STF, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O porte de munição de arma de fogo de uso restrito constitui crime de perigo concreto, necessitando da presença da arma de fogo para sua tipificação".

Como visto, parte da doutrina critica a criação de crimes de perigo abstrato sob a justificativa de haver violação do princípio da ofensividade.

2.13. Crime complexo

Crime complexo em sentido estrito (ou complexo puro): reunião de condutas típicas distintas (ex.: art. 159 – extorsão mediante sequestro, que consiste na fusão dos crimes de extorsão e sequestro).

Crime complexo em sentido amplo (ou complexo impuro): reunião de uma conduta típica e outras circunstâncias. Ex.: constrangimento ilegal (ameaça + outro fato não tipificado).

2.14. Crime mono-ofensivo e crime pluriofensivo

Crime mono-ofensivo: o tipo protege apenas um bem jurídico (ex.: no homicídio tutela-se a vida).

Crime pluriofensivo: visa à proteção de mais de um bem jurídico no mesmo tipo penal (ex.: art. 157 - roubo, que tutela os bens jurídicos patrimônio e integridade corporal).

Obs.: o STJ denominou o crime de moeda falsa de **pluridimensional,** pois, além de proteger preponderantemente a fé pública, de forma mediata assegura o patrimônio particular e a celeridade das relações empresariais e civis (STJ, 5ª T., HC 210764, j. 21/06/2016).

2.15. Crime vago

Possui como sujeito passivo entidades sem personalidade jurídica (vítima indeterminada). Ex.: violação de sepultura - art. 210.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP - 2015 - TJ-MS - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Crime vago é aquele em que a ação do agente causa dúvida sobre a tipificação do fato ao delito realizado".

(MP-MS - 2007 - Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "Explique e exemplifique CRIME VAGO".

2.16. Crime funcional

Possui como agente o funcionário público. Subdivide-se em:

Crime funcional próprio: a condição de funcionário público é essencial para configuração do crime, de forma que, sem ela, não há outro delito (ex.: prevaricação - art. 319).

Crime funcional impróprio: a ausência da condição de funcionário público desclassifica a infração (ex.: a ausência da qualidade de funcionário público desclassifica o crime de peculato-apropriação para apropriação indébita).

2.17. Crime transeunte e crime não transeunte

Crime transeunte: aquele que não deixa vestígio (materialidade), de sorte que não se realiza exame pericial. Ex.: injúria verbal.

Crime não transeunte: deixa vestígio. Ex.: homicídio, lesão corporal.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FGV – 2018 – AL-RO – Advogado) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "De acordo com a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores, é correto afirmar que os crimes classificados como não transeuntes são aqueles que deixam vestígios".

(FUNDEP – 2018 – MP-MG – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Crime de fato transitório é aquele que não deixa vestígios, a exemplo da injúria verbal".

2.18. Crime condicionado

Para a instauração da persecução penal é exigível uma condição objetiva de punibilidade. Ex.: esgotamento do processo administrativo-fiscal no delito descrito no art. 1º, I, da Lei 8.137/90. Nesse sentido: "Segundo orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 81.611), a decisão definitiva do processo administrativo-fiscal constitui condição objetiva de punibilidade, consistindo elemento fundamental à exigibilidade da obrigação tributária, tendo em vista que os crimes previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 são materiais ou de resultado" (STJ, 6ª T., HC 68480, j. 18/06/2014). Obs.: de acordo com parte da doutrina, no crime acima citado, o lançamento definitivo não seria uma condição objetiva de punibilidade, mas sim um elemento do tipo implícito, de sorte que o art. 1º da Lei 8.137/90 não se qualificaria como crime condicionado.

Também é condicionado o delito cuja consumação está condicionada a um determinado resultado naturalístico. Ex.: art. 122, § 2º, do CP (somente haverá incidência da qualificadora se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte).

2.19. Crime de atentado ou de empreendimento

O próprio tipo penal prevê a tentativa como forma de realização do crime. *Exemplos:* art. 352 do CP ("evadir-se ou tentar evadir-se"); art. 309 do Código Eleitoral ("votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem"); art. 11 da Lei de Segurança Nacional ("tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país").

2.20. Crime acessório, parasitário, derivado ou de fusão

Aquele que depende da existência de outro crime. Ex.: o crime de receptação (art. 180 do CP) depende da existência de um crime anterior, do qual a coisa provém. A propósito: "Por se tratar de crime acessório, derivado ou parasitário, o crime de lavagem de dinheiro pressupõe a existência infração anterior, que constitui uma circunstância elementar do tipo de lavagem" (STJ, 5ª T., HC 378.449, j. 20/09/2018).

2.21. Crime subsidiário

Crime subsidiário é aquele que só se aplica se não houver a incidência de um tipo mais grave. Ex.: o delito de constrangimento ilegal (art. 146) é subsidiário em relação ao crime de extorsão (art. 159).

2.22. Crime de ímpeto

O agente pratica o delito sem que tenha premeditado, em momento de emoção. Ex.: homicídio praticado sob o domínio de violenta emoção (CP, art. 121, § 1º, última parte).

2.23. Crime de opinião ou de palavra

Delito relativo ao abuso da manifestação do pensamento. Ex.: crimes contra a honra.

2.24. Crime remetido

O tipo penal remete a outro tipo que passa a integrá-lo. Ex.: uso de documento falso (art. 304 do CP).

2.25. Crime de hermenêutica ou de interpretação

A pessoa interpreta uma norma de forma equivocada e emite uma manifestação falsa. Predomina na doutrina que não comete crime de interpretação o magistrado ao interpretar mal a norma e decidir erroneamente (não cometeria falsidade ideológica - art. 299). Inclusive, a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/19) dispõe em seu art. 1º, § 2º, que "A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade". No entanto, se o juiz dolosamente agir para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, poderá, em tese, realizar o crime de prevaricação (CP, art. 319). Sobre o assunto, vide STF HC 84492.

2.26. Crimes de tendência interna transcendente (delitos de intenção)

São os que possuem como elementares *intenções especiais* (finalidade transcendente) expressas no próprio tipo. Ex.: no crime de extorsão mediante sequestro (art. 159), o *tipo objetivo* consiste em "sequestrar alguém". Por sua vez, o *tipo subjetivo* possui o *dolo* (consciência e vontade de realizar o tipo objetivo, que é sequestrar alguém) e o *elemento subjetivo especial* (com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate). Essa intenção especial transcende (vai além) do tipo objetivo (sequestrar alguém).

2.27. Crimes de resultado cortado ou antecipado

Os delitos de tendência interna transcendente dão lugar, dependendo do caso, aos chamados ***crimes de resultado cortado ou antecipado.*** Ocorre quando o agente pratica uma conduta com a intenção de causar certo resultado, mas o tipo não prevê a sua produção para a consumação do crime. *Exemplo:* o mesmo acima descrito no item anterior (crime de extorsão mediante sequestro), em que o agente sequestra pessoa *com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate*. Para a consumação do crime

basta a conduta de sequestrar *com o fim de* (...), independente da produção do resultado desejado (obtenção da vantagem). Se o agente obtém a vantagem, trata-se de mero *exaurimento* do crime.

2.28. Crimes mutilados de dois atos

Os delitos de tendência interna transcendente também dão lugar aos chamados ***crimes mutilados de dois atos.*** O agente pratica uma conduta com a intenção de futuramente praticar outra conduta distinta, mas o tipo não prevê a prática dessa segunda conduta para a consumação do crime. *Exemplo:* o crime do art. 290 do CP. O agente pratica uma *primeira conduta* (suprimir, em nota, sinal indicativo de sua inutilização), para o fim de praticar uma *conduta posterior* (restituir a nota à circulação). O crime se consuma com a *primeira conduta* (suprimir...), independentemente de o agente vir a praticar a *conduta posterior* (restituir a nota à circulação).

Obs.: no *crime de resultado cortado*, o resultado visado dependerá de ato de terceiro e não do agente. No *crime mutilado de dois atos*, o ato posterior será praticado pelo próprio agente e não por terceiro.

2.29. Crimes de tendência intensificada (ou somente delitos de tendência)

É necessário verificar o ânimo do agente para realização do delito. Esse ânimo está implícito em certos tipos penais, como o *propósito de ofender* (CP, arts. 138, 139 e 140); o *propósito de ultrajar* (CP, art. 212). A tendência do agente não transcende a conduta típica, como nos delitos de intenção.

2.30. Crimes de acumulação (crimes cumulativos)

Certos tipos penais tutelam bens jurídicos supraindividuais (ex.: meio ambiente). Em alguns casos somente se constatará a lesão ao bem jurídico se levarmos em consideração não somente a conduta de um agente, mas o acúmulo dos resultados de várias condutas (ex.: uma pessoa que pesca sem autorização legal um determinado peixe não lesa expressivamente o bem jurídico (meio ambiente), mas a soma de várias pessoas pescando poderá causar lesão. Por isso é punida uma conduta isolada, mesmo que sem lesividade aparente.

2.31. Crimes de transgressão

São os tipos penais que se realizam com a mera desobediência de uma norma. O legislador presume a lesão ao bem jurídico. São tipos passíveis de críticas, como visto no capítulo "Direito Penal na Sociedade dos Riscos".

2.32. Crime a distância ou de espaço máximo

A conduta é praticada em um país e o resultado ocorre em outro.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2018 – PC-MA – Delegado de Polícia Civil) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No crime a distância, a conduta dá-se em um local e a produção, em outro, dentro do mesmo país".

2.33. Crime plurilocal

A conduta ocorre em uma comarca e o resultado em outra. Ex.: disparo de arma de fogo na cidade de São Paulo e morte em Guarulhos.

2.34. Crime em trânsito (ou em circulação)

Crime que envolve mais de dois países. Ex.: droga transportada do país A, passa pelo país B e chega ao país C.

2.35. Crime de trânsito (ou de circulação)

Crime praticado na utilização de veículos automotores em vias terrestres para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga. Aplica-se o Código de Trânsito Brasileiro.

2.36. Crime no trânsito

Crime sem previsão específica nas leis de trânsito, mas que é praticado na condução de veículo automotor. *Ex.*: atropelamento e morte de pedestre na hipótese de o agente praticar conduta com dolo eventual. Responderá pelo art. 121 do CP, pois a Lei nº 9.503/97 (CTB) não tipifica o homicídio doloso, mas apenas o culposo (art. 302).

2.37. Crime de alucinação

É uma hipótese de delito putativo por erro de proibição (erro de proibição invertido). O agente pratica um fato que entende ser criminoso, mas, como não existe norma de proibição (incriminadora), pratica uma conduta atípica. Ex.: João e Maria praticam incesto imaginando que se trata de crime. No entanto, não existe norma de proibição para esse fato.

2.38. Crime de ensaio, delito de laboratório, crime putativo por obra do agente provocador

São denominações dadas ao crime impossível na hipótese de flagrante preparado ou provocado: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação" (**Súmula 145 do STF**).

2.39. Crime de concurso (de participação ou concursal) e crimes em concurso

Como veremos no capítulo próprio (concurso de pessoas), para a teoria pluralista, cada pessoa que concorre para o fato responderá por um crime

autônomo. Havendo pluralidade de agentes haverá pluralidade de crimes. Em decorrência disso, chegou-se a propor um crime *sui generis*, chamado de **crime de concurso** (soma dos vários delitos autônomos – um de cada concorrente – ligados pela relação de causalidade. Não se deve confundir "crime de concurso" com **crimes em concurso**. Os vários "crimes em concurso" (crimes cometidos por cada um dos concorrentes) são as partes que integram o todo ("crime de concurso").

2.40. Crimes aberrantes

São as hipóteses de *aberratio ictus* (erro na execução – art. 73), *aberratio criminis* ou *delicti* (resultado diverso do pretendido – art. 74) e *aberratio causae*.

2.41. Crimes infamantes

São aqueles crimes que revelam a depravação moral, desonra ou desonestidade de quem os pratica.

2.42. Crime político

Pune-se uma conduta que causa um dano ou perigo de dano a bem jurídico de interesse da segurança do Estado. Pode ser: ***político próprio:*** tutela interesse do Estado (*ex.:* artigos 8º, 10 e 13 da Lei nº 7.170/83); ***político impróprio***: além de tutelar interesse do Estado, protege bens jurídicos individuais (*ex.:* artigos 15, 18 e 20 da Lei 7.170/83).

2.43. Crimes naturais, crimes meramente plásticos e crimes vazios

Os **crimes naturais** denotam comportamentos punidos desde que as mais diversas sociedades passaram a se organizar. Conforme Maximiliano Führer (*História do Direito Penal – crime natural e crime de plástico*, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.113), "sempre foram puníveis o assassinato entre os iguais, a agressão física e moral, a violência sexual, o furto, o roubo e o atentado contra o chefe de Estado e suas ordens". Trata-se de um núcleo duro dentro da estrutura material do Direito Penal, formado pelos crimes contra a vida, contra a pessoa, contra os costumes, contra a propriedade e contra o grupo social.

Enquanto os crimes naturais refletem valores éticos absolutos e universais, os **crimes de plástico** "não contam com essa escora ética natural, embora estejam inseridos na lei penal (*mala prohibita*), adotem a mesma roupagem dos tipos verdadeiros e sejam também proibitivos. A forma é a mesma, mas a matéria é essencialmente diferente" (op. cit., p. 114). De acordo com o citado autor, os delitos meramente plásticos foram criados inicialmente como defesa para quem, teoricamente, deveria defender um valor. Por isto é distante o liame entre conduta proibida e valor natural eventualmente violado, pois passa sempre pelo interesse da Administração, nem sempre compreensível e justificável.

Na categoria de **crimes plásticos** estão abrigados os tipos que visam exclusivamente às prerrogativas do poder e da autoridade (ex.: desacato e crimes contra a segurança nacional), os que têm cunho exclusivamente moral ou religioso (ex.: sociedades que punem a autolesão e o homossexualismo) e os que são de interesse econômico particular e específico (ex.: sociedades que proíbem atividades comerciais aos domingos, além de outras "Leis Azuis" ou "*Blue Laws*").

No mesmo sentido: "Existem condutas que sempre foram reprimidas em qualquer sociedade com um mínimo de organização, como o homicídio, o roubo, o estupro etc. São chamados crimes naturais, previstos no passado, sendo punidos hoje e, certamente, serão objeto de censura no futuro, posto que salvaguardam bens pessoais que interessam à sociedade como um todo. A obediência a comando legal é medida natural, assim como a punição ao infrator. Contrapõem-se a esse modelo os crimes de plástico, que são condutas que apresentam um particular interesse em determinada época ou estágio da sociedade organizada, de acordo com as necessidades políticas do momento, tal como ocorre atualmente nos crimes contra relações de consumo, os crimes contra o meio ambiente e os delitos de informática, etc." (PONTE, Antonio Carlos. Crimes Eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 37-38).

CRIMES NÃO NATURAIS - GAROFALO:

Raffaele Garofalo, no seu livro *Criminologia* (p. 36-7), considera crimes não naturais: a) as ações que ameaçam o Estado, como a reunião subversiva; b) as ações que ofendem o poder social sem um intuito político, como a desobediência; c) as ações que violam o direito do cidadão à tranquilidade pública, ao exercício pacífico das funções públicas, ao respeito ao culto e ao pudor público; d) as violações à legislação especial de um país, como a referente ao meio ambiente e às disposições sanitárias; e e) as transgressões a ordenações municipais.

Führer (op. cit., p. 115-6) trata, ainda, de um tipo especial de infração plástica, que é o **crime vazio** (sem conteúdo), que "nem indiretamente se relaciona a valores e pessoas alheias". Os tipos vazios nada defendem e nada protegem, sendo, por vezes, resquícios de uma estrutura penal plástica que já perdeu completamente o seu objeto, ou são vazios desde a sua criação. Segundo o referido autor, são exemplos "os crimes de perigo abstrato e todos os crimes de acumulação, pois só podem causar lesão a outrem eventual e estatisticamente se a conduta for tabulada e somada ao resultado das condutas de outras pessoas. É o caso da embriaguez ao volante e do porte de arma, que quase nunca atingem pessoas alheias e valores éticos" (p. 141).

Os *crimes de plástico* foram objeto de questão na 2ª fase do XXVII Concurso para Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (2015).

2.44. Delitos de esquecimento ou de olvidamento (crimes de olvido)

Trata-se de expressão utilizada para hipóteses em que o agente é omisso, em caso de culpa inconsciente (sem representação). *Exemplo*: esquece a chave

de gás aberta e causa lesão ou morte em outrem (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 546).

2.45. Delitos de comportamento

Os tipos penais que não possuem um bem jurídico tutelado são considerados por parte da doutrina alemã como delitos de comportamento.

2.46. Delitos de obstáculo (crimes-obstáculo)

Existem quando a lei penal incrimina de forma autônoma (em tipo penal próprio) comportamentos que se amoldariam à fase preparatória de outro crime. Ou seja, sem esse tipo penal (delito de obstáculo), o comportamento não seria punível, pois ainda estaria no âmbito da preparação de outro crime. Exemplo: petrechos para falsificação de moeda (Art. 291 do CP: "Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda").

2.47. Crimes de ódio (*hate crimes*)

Na nossa legislação não existe um tipo penal com a denominação específica *crime de ódio*. Porém, são considerados crimes de ódio aqueles motivados pelo preconceito e dirigidos contra pessoa ou grupo em razão de sua **raça, religião, deficiência física ou mental, etnia, nacionalidade, orientação sexual** ou identidade de gênero.

Para o FBI, "um crime de ódio é uma ofensa tradicional, como assassinato, incêndio criminoso ou vandalismo, com um elemento adicional de preconceito. Para fins de coleta de estatísticas, o FBI definiu crime de ódio como uma ofensa contra uma pessoa ou propriedade, motivada, no todo ou em parte, pelo viés do ofensor contra uma raça, religião, deficiência, orientação sexual, etnia ou identidade de gênero" (https://www.fbi.gov/investigate/civil-rights/hate-crimes).

2.48. Crime de ecocídio

Causar desastre ambiental com destruição significativa da flora ou mortandade de animais. A comissão externa de parlamentares que acompanhou investigações do rompimento de barragem da Vale em Brumadinho/MG apresentou proposta de inclusão do delito de ecocídio na Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), com pena de 4 a 12 anos e multa na forma dolosa, e 1 a 3 anos e multa na forma culposa.

2.49. Crime de catálogo

São aqueles em que, observados os requisitos da Lei nº 9.296/96, é permitida a interceptação telefônica. Nesse sentido: "É lícita a utilização de informações obtidas por intermédio de interceptação telefônica para se apurar delito diverso daquele que deu ensejo a essa diligência, (...) sendo incontestável o reconhecimento da licitude da prova encontrada quando o fato desvelado fortuitamente

se encontre entre os chamados **'crimes de catálogo'** - isto é, entre aqueles para a investigação dos quais se permite autorizar a interceptação telefônica" (STF, 2ª T., HC 100524, j. 27/03/2012).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2019 - TJ-SC - Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O crime de uso de documento falso configura-se como crime remetido; e o de uso de petrechos para falsificação de moeda, como crime obstáculo".

(FCC - 2019 - TJ-AL - Juiz de Direito) No que toca à classificação doutrinária dos crimes:

a) é imprescindível a ocorrência de resultado naturalístico para a consumação dos delitos materiais e formais.

b) é normativa a relação de causalidade nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão, prescindindo de resultado naturalístico para a sua consumação.

c) os crimes unissubsistentes são aqueles em que há iter criminis e o comportamento criminoso pode ser cindido.

d) os crimes omissivos próprios dependem de resultado naturalístico para a sua consumação.

e) os crimes comissivos são aqueles que requerem comportamento positivo, independendo de resultado naturalístico para a sua consumação, se formais.

Gabarito: E.

Obs.: em outros trechos desta obra constam outras classificações de crimes. *Exemplos:* crime progressivo (princípio da consunção), crime oco (crime impossível), crime continuado (concurso de crimes).

3. SUJEITOS ATIVO E PASSIVO

O **sujeito ativo** pode ser tanto quem realiza o verbo típico (autor executor) ou possui o domínio finalista do fato (autor funcional, segundo a teoria do domínio do fato), como quem de qualquer outra forma concorre para o crime (partícipe, que concorre *induzindo*, *instigando* ou *prestando auxílio* ao autor).

A Constituição Federal admitiu a responsabilização penal da pessoa jurídica no art. 173, § 5º (crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular) e no art. 225, § 3º (crimes contra o meio ambiente). Regulamentando as disposições constitucionais, foi editada a Lei nº 9.605/98, que trouxe expressamente em seu texto a possibilidade de a pessoa jurídica ser sujeito ativo de infração penal contra o meio ambiente (art. 3º). Segundo a jurisprudência mais recente do STF e do STJ, é possível processar penalmente uma pessoa jurídica sem haver imputação simultânea da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, de sorte que **foi abandonada a teoria da dupla imputação**. Nesse sentido: STF, 1ª T, RE 548181, j. 06/08/2013; STJ, 5ª T., AgRg no RMS 48.085/PA, j. 05/11/2015. Anteriormente, adotava-se a referida teoria: "É possível a responsabilização criminal de pessoas jurídicas por delitos ambientais, desde que haja a imputação concomitante da pessoa física que seja responsável juridicamente, gerencie, atue no nome da pessoa jurídica ou em seu benefício" (STJ, 5ª T., HC 187.842, j. 17/09/2013).

No que tange ao **sujeito passivo**, distingue-se em: *a) material ou eventual:* titular do bem jurídico violado ou ameaçado; *b) formal ou constante*: titular do mandamento proibitivo, ou seja, o Estado.

Observações:

- O Estado pode ser sujeito passivo eventual.
- A pessoa jurídica pode figurar como sujeito passivo em alguns crimes.
- O morto não pode ser sujeito passivo, pois não é titular de direitos.
- Considera-se *prejudicado* aquele que sofreu algum prejuízo com a prática do delito.
- Ninguém pode ser ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo diante de sua própria conduta.

4. OBJETO DO CRIME

O objeto do crime subdivide-se em objeto jurídico e objeto material:

a) **objeto jurídico:** bem ou interesse tutelado pela norma. *Exemplos:* no crime de homicídio é a vida; no crime de furto é o patrimônio; no crime de estupro é a liberdade sexual.

b) **objeto material:** pessoa ou coisa atingida pela conduta criminosa. *Exemplos:* no crime de homicídio o objeto material é a pessoa; no crime de furto é a coisa subtraída. Pode haver crime sem objeto material, como na hipótese de falso testemunho.

Capítulo II

Conduta

1. INTRODUÇÃO

O crime é formado por três elementos: FATO TÍPICO + ILICITUDE + CULPABILIDADE (conceito tripartido). Entretanto, pelo conceito bipartido (posição minoritária), o crime se constitui de apenas dois elementos (FATO TÍPICO + ILICITUDE), figurando a CULPABILIDADE como pressuposto de aplicação da pena.

Em seu primeiro elemento (**FATO** típico) não se deve confundir **CONDUTA** com **FATO**. Isto porque, o **fato** pode abranger não só a **conduta humana**, mas também o **resultado naturalístico** (modificação do mundo exterior) e o **nexo causal**.

Para Zaffaroni e Pierangeli, "alguns autores, apercebendo-se do fenômeno, e reconhecendo que o nexo causal e o resultado não formam parte da conduta, tenham buscado um conceito que englobe os três: conduta, nexo e resultado. Alguns denominaram este conjunto 'fato', vocábulo que consideramos inadequado (...). Os italianos a ele chamam de 'evento', palavra que em português costuma ser empregada com um conteúdo de contingência que desvirtua o que se quer expressar. De nossa parte, cremos que a palavra mais adequada é *pragma*, termo de origem grega com que vários filósofos designam precisamente a ação que inclui o que por ela foi alcançado, o 'procurado no procurar' (Heidegger, Szilazi, Ricoeur, Binswanger)" (*Manual de Direito Penal*, p. 418). Ou seja, denominam de **pragma** a conduta + resultado + nexo causal.

Essa distinção é importante em relação à classificação dos crimes quanto ao resultado naturalístico:

- **FATO = CONDUTA** (crimes de mera conduta e crimes formais).
- **FATO = CONDUTA + RESULTADO NATURALÍSTICO + NEXO CAUSAL NATURALÍSTICO** (crime material)

Exemplo (crime de mera conduta): o art. 14 da Lei 10.826/03 descreve apenas a **conduta** (portar ilegalmente arma de fogo). O tipo penal não descreve nenhum **resultado naturalístico** externo à conduta.

Exemplo (crime formal): o art. 207 do CP (aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional) descreve a

conduta (aliciar trabalhadores) e o **resultado naturalístico** (levá-los de uma para outra localidade do território nacional), mas não exige a produção deste para a consumação, bastando a prática da conduta com esse fim.

Exemplo (crime material): o art. 121 do CP (matar alguém) exige que o agente pratique uma **conduta** de forma livre (ex.: facada, enforcamento) e cause o **resultado naturalístico** (morte).

Assim, nos *crimes materiais*, o FATO TÍPICO é formado por quatro elementos: a) conduta; b) resultado; c) nexo causal; e d) tipicidade.

Já nos *crimes formais* e *de mera conduta*, o FATO TÍPICO é composto por dois elementos: a) conduta; e b) tipicidade.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP - 2015 - Promotor de Justiça) "São elementos do fato típico: a) conduta, resultado, relação de causalidade e tipicidade; b) conduta, resultado, relação de causalidade e culpabilidade; c) conduta, resultado, antijuridicidade e culpabilidade; d) conduta, resultado, nexo de causalidade e antijuridicidade; e) conduta, relação de causalidade, antijuridicidade e tipicidade". **Gabarito: A.**

2. CONCEITO DE CONDUTA

Conduta é um agir humano, ou um deixar de agir, de forma consciente e voluntária, dirigido a determinada finalidade. A conduta deve ser concebida como um **ato de vontade com conteúdo** (finalidade/querer interno). Para que a conduta seja típica deverá ser dolosa (crime doloso) ou culposa (crime culposo).

Segundo predomina na doutrina, o Código Penal adotou a **teoria finalista da conduta** de Hans Welzel. Entretanto, abaixo segue evolução das teorias da conduta.

3. TEORIAS DA CONDUTA

3.1. Teoria causal-naturalista - Concepção clássica (positivista-naturalista de Von Liszt e Beling)

O positivismo influenciou o surgimento das primeiras ciências humanas. Essas foram marcadas pelos princípios positivistas, a saber: *monismo metodológico*, isto é, todas as ciências devem se submeter a um único método, o das ciências naturais; *ideal metodológico*, ou seja, prevalência da física; e *explicação causal*, em recusa às explicações finalistas.

Nesse cenário, mais precisamente no final do século XIX, época do apogeu do positivismo científico, surge a concepção clássica do delito, marcada por um dos princípios positivistas, a *explicação causal*, em que são recusadas as explicações finalistas (teleológicas). O direito deveria buscar a exatidão científica das ciências naturais.

Para a concepção clássica, o delito constitui-se de *elementos objetivos* (fato típico e ilicitude) e *subjetivos* (culpabilidade). A ação humana é tida como um

movimento corporal voluntário que produz uma modificação no mundo exterior. Integram a ação: a *vontade*, o *movimento corporal* e o *resultado*. A vontade é despida de conteúdo (finalidade/querer-interno). Esse conteúdo (finalidade visada pela ação) figura na culpabilidade.

Pode-se dizer que a ação voluntária se divide em dois segmentos distintos: **querer-interno** do agente, figurado na culpabilidade (ação culpável: dolo ou culpa), e **processo causal**, figurado no fato típico (ação típica).

AÇÃO	Ação típica (fato típico)	*Aspecto objetivo/externo (processo causal)*: vontade sem finalidade; movimento corporal e resultado.
	Ação culpável (dolo ou culpa) (culpabilidade)	*Aspecto subjetivo/interno*: conteúdo da vontade.

Assim, o tipo penal é formado apenas pelo **tipo objetivo** (elementos objetivos do tipo), sendo que os aspectos subjetivos do delito se encontram na culpabilidade.

Em síntese, a conduta é apenas um processo causal despido de conteúdo (*finalidade/querer interno*). O conteúdo da vontade (elementos internos, anímicos) situa-se na culpabilidade. O dolo e a culpa são espécies de culpabilidade.

Uma das críticas a esta teoria consiste no fato de que o direito estaria regulando processos causais e não condutas dirigidas a um fim. É inconcebível a ação humana ser considerada um **ato de vontade sem conteúdo** (finalidade), uma vez que a vontade deve possuir finalidade. A omissão era explicada pelos causalistas como 'omissão voluntária de um movimento corporal', como 'causa não impeditiva de uma modificação no mundo externo'. Existe crítica quanto a isso, sob o fundamento de que "a *ausência* de movimento e o *não* impedir uma mudança são conceitos meramente negativos, que não permitem construir nenhum conceito (positivo) de omissão" (PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 155).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Por meio do conceito naturalístico de ação, era possível explicar em essência a omissão, e a culpa inconsciente, uma vez que existente o vínculo psicológico entre o fato e o agente".

(VUNESP – 2018 – PC-BA – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O dolo, na escola clássica, deixou de ser elemento integrante da culpabilidade, deslocando-se para a conduta, já que ação e intenção são indissociáveis".

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A estrutura do delito no causal-naturalismo tem por característica a presença de elementos subjetivos no tipo".

3.2. Teoria causal-valorativa ou neokantista – Concepção neoclássica (normativista)

Teve influência da filosofia dos valores de origem neokantiana, desenvolvida pela *escola de Baden* (Wildelband, Rickert, Lask). A corrente filosófica neokantista

surge como superação, e não negação, do positivismo, tendo como lema o retorno à metafísica.

A noção de valor marca a diferença entre as ciências naturais (método ontológico) e as ciências jurídicas (método axiológico). Pretende-se retirar o Direito do mundo naturalista, marcado pelo ser, e, por conseguinte, situá-lo numa zona intermediária entre o ser e o dever ser. Conforme Busato, "Para o neokantismo, o direito positivo não possui um valor intrínseco, objetivo, que pode ser identificado e descrito, mas as normas jurídicas aparecem determinadas por valores que lhes são prévios e que contaminam não apenas sua edição, mas os próprios autores de sua elaboração, pelo que a pretensa verdade jurídica vem influenciada pela cultura" (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal, Parte Geral*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 223).

Apesar do discurso da admissão de valores no campo jurídico, permanece intacta a concepção causal da conduta. Por outro lado, no campo da antijuridicidade, ao contrário da teoria causal-naturalística, a tipicidade não constitui elemento autônomo em relação à antijuridicidade na estrutura do delito, pois toda ação é tipicamente antijurídica.

A tipicidade não é concebida apenas como descrição formal-externa de comportamentos, mas também materialmente como uma *unidade de sentido socialmente danoso*, sendo que em muitos casos se faz necessária a análise de elementos subjetivos, como, por exemplo, a intenção de apropriação no crime de furto.

A culpabilidade passou a ser entendida como reprovabilidade ou censurabilidade do agente pelo ato, sendo estruturada por elementos psicológicos e normativos (teoria psicológico-normativa da culpabilidade). Conforme assevera Fábio Guaragni (Teorias da Conduta em Direito Penal, p. 91-92), "o dolo, aliás, concebido como *dolus malus*, era verdadeiro emblema, já que se tratava de um elemento psicológico-normativo, composto por cognição da conduta, vontade de realizá-la e cognição da ilicitude da conduta (por exemplo, Mezger) - primeiramente atual (teoria extremada do dolo), depois meramente potencial (teoria limitada do dolo)". Nesse contexto de juízo de censura, Frank (1907) acrescentou um elemento normativo, a exigibilidade de conduta diversa.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR - 2019 - Promotor de Justiça) A forma pela qual ocorreu a estruturação da teoria do delito nem sempre foi uniforme, sendo variável segundo um perfil de evolução de conceitos do que é o direito. Assim, na medida em que ocorreram mudanças nas teorias basilares que influenciaram a estruturação do Direito Penal, a forma de apresentação e de estudo do delito igualmente foram mudando. Tendo isto em mente, a afirmação de que "o direito positivo não possui uma valoração intrínseca e objetiva, sendo que as normas jurídicas aparecem determinadas por valores prévios e que contaminam, além de sua edição, também os próprios autores de sua elaboração, sendo que uma pretensa 'verdade jurídica' vem influenciada pela cultura", se mostra ajustada à definição de: a) Causalismo. b) Neokantismo. c) Finalismo. d) Pós-finalismo. e) Funcionalismo. **Gabarito: B.**

(MP-MG – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A tipicidade, no conceito neoclássico de delito (neokantismo), foi profundamente afetada pelo descobrimento de elementos normativos do tipo. Os elementos subjetivos do injusto, por sua vez, somente vieram a integrar a tipicidade com o advento do finalismo".

3.3. Teoria finalista – Concepção finalista (ôntico-fenomenológica)

O pensamento fenomenológico afirma que toda consciência é intencional. Não há consciência separada do mundo, pois toda consciência visa ao mundo. Tal pensamento fenomenológico, aliado a uma consideração ontológica (investigação teórica do ser), repercutiu no campo jurídico, tendo Hans Welzel desenvolvido a teoria finalista da ação.

Welzel parte da premissa de que deve ser investigada a natureza das coisas (leis estruturais determinadas do "ser" – ontológicas) para que o legislador possa se orientar no momento da elaboração da lei. É decisivo determinar o "ser" ou a natureza da coisa. Com isso, investiga-se a natureza da ação (seu "ser") e formula-se um conceito pré-jurídico, que, se aceito pelo legislador, não pode por ele ser contrariado.

No entanto, na análise do "ser", no caso, a própria conduta humana (objeto investigado), utiliza-se o método fenomenológico diante de sua afirmação de que toda consciência é intencional e que não há consciência separada do mundo, pois toda consciência visa ao mundo. Deflui-se que a ação humana não pode ser considerada de forma dividida (aspecto objetivo e subjetivo), considerando que toda ação voluntária é finalista, ou seja, traz consigo o querer-interno. O processo causal é dirigido pela vontade finalista.

Desse modo, a ação típica deve ser concebida como um **ato de vontade com conteúdo** (finalidade/querer interno). O dolo e a culpa são retirados da culpabilidade e passam a integrar o fato típico. Com isso, a conduta típica passa a ser dolosa ou culposa.

CRIME		
FATO TÍPICO	**ANTIJURIDICIDADE**	**CULPABILIDADE (teoria normativa pura)**
1. conduta (aspecto doloso/culposo) 2. resultado 3. nexo causal 4. tipicidade	Fato contrário ao ordenamento jurídico	1. imputabilidade 2. potencial consciência da ilicitude do fato 3. exigibilidade de conduta diversa

Nesse conceito, retira-se do dolo seu elemento normativo (consciência da ilicitude). A consciência da ilicitude passa a figurar como elemento da culpabilidade, ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa (a culpabilidade, dessa forma, fica composta apenas de elementos normativos).

Na concepção finalista, o dolo constitui-se dos seguintes elementos: 1) consciência da conduta, resultado e nexo causal (elemento cognitivo ou intelectivo); 2) vontade de praticar a conduta e produzir o resultado (elemento volitivo).

Assim, o **dolo normativo** (dolo que possui a consciência da ilicitude como elemento) transforma-se em **dolo natural** ou **dolo valorativamente neutro** (dolo que não possui a consciência da ilicitude como elemento).

DOLO NATURAL	DOLO NORMATIVO
1. Consciência da conduta, resultado e nexo causal	1. Consciência da conduta, resultado e nexo causal
-	2. Consciência da ilicitude do fato
2. Vontade de praticar a conduta e produzir o resultado	3. Vontade de praticar a conduta e produzir o resultado

Welzel, em sua concepção finalista da ação, teve o mérito de levar para o tipo penal o aspecto subjetivo do crime, retirando-o da culpabilidade, de forma que o tipo passa a ser integrado por elementos objetivos e subjetivos: **TIPO PENAL = TIPO OBJETIVO** (elementos objetivos-descritivos e elementos normativos) + **TIPO SUBJETIVO**. Assim, passam a integrar a culpabilidade apenas elementos normativos, quais sejam, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa (teoria normativa pura).

Exemplificando: 'A' matou 'B'. Segundo as teorias causais, para a análise do fato típico (1º elemento do crime) basta a relação de causalidade (morte da vítima), independentemente se a conduta é dolosa ou culposa. Esta verificação é realizada na culpabilidade (3º elemento do crime). Para a teoria finalista, para se realizar o fato típico deve-se verificar se a conduta foi dolosa ou culposa.

Trata-se da teoria aceita majoritariamente pela doutrina nacional, mas atualmente é complementada por novas tendências constitucionais.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-RS – 2017 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Para a teoria finalista, ação é a conduta do homem, comissiva ou omissiva, dirigida a uma finalidade e desenvolvida sob o domínio da vontade do agente, razão pela qual não reputa criminosa a ação ocorrida em estado de inconsciência, como no caso de quem, durante o sono, sonhando estar em legítima defesa, esbofeteia e causa lesão corporal na pessoa que dorme ao seu lado. Para esta mesma teoria, a culpabilidade não é psicológica, nem psicológico-normativa".

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A transformação realizada pelo finalismo na teoria do delito consiste, principalmente, na relevância atribuída à vontade e aos aspectos subjetivos da culpabilidade".

(MP-SP – 2015 – Promotor de Justiça) "Após a leitura dos enunciados abaixo, assinale a alternativa *correta*: I – A teoria finalista, no conceito analítico de crime, o define como um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade pressuposto da pena. II – A teoria clássica, no conceito analítico de crime, o define como um fato típico, antijurídico e culpável. III – A teoria clássica entende que a culpabilidade consiste em um

vínculo subjetivo que liga a ação ao resultado, ou seja, no dolo ou na culpa em sentido estrito. IV – A teoria finalista entende que, por ser o delito uma conduta humana e voluntária que tem sempre uma finalidade, o dolo e a culpa são abrangidos pela conduta. V – A teoria finalista entende que pode existir crime sem que haja culpabilidade, isto é, censurabilidade ou reprovabilidade da conduta, inexistindo, portanto, a condição indispensável à imposição e pena. Assim: a) Somente o II e o III são verdadeiros; b) Somente o I e o IV são verdadeiros; c) Somente o I, IV e V são verdadeiros; d) Somente o I e II são verdadeiros; e) Todos são verdadeiros". **Gabarito: E.**

Obs.: na verdade, discordamos das afirmações constantes dos itens I e V. Isso porque fato típico (ação e tipicidade), ilicitude e culpabilidade, mesmo para a teoria finalista da ação, são categorias dogmáticas do crime. No entanto, como antes mencionado, apenas uma corrente minoritária (Dotti, Damásio, Mirabete e outros), embora finalista, entende que o crime é composto apenas por fato típico e ilicitude, figurando a culpabilidade como pressuposto de aplicação da pena.

(FCC – 2015 – TJ-AL – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O dolo e a culpa integram, respectivamente, a tipicidade e a culpabilidade, segundo a teoria finalista da ação".

3.4. Teoria social da ação

Considera a conduta sob o aspecto causal e finalístico, mas acrescenta o aspecto social. Concebe-se a conduta como um comportamento humano socialmente relevante. A preocupação é a significação social da conduta humana do ponto de vista da sociedade (conceito valorado de ação) (cf. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 1999, p. 157).

3.5. Orientações funcionalistas (teleológico-funcional e racional)

Apesar da contribuição de Welzel, a teoria finalista continuou estranha a sentidos e a valores, da mesma forma que a teoria causalista da ação, impossibilitando, segundo parte da doutrina, a realização da justiça no caso concreto ou de cumprir as finalidades do Direito Penal. É passível de críticas, também, a *culpabilidade* da doutrina finalista (culpabilidade normativa). Isto porque a afirmação de que a culpabilidade é mero juízo de (des)valor, restrita à valoração do objeto (puro juízo existente na cabeça do juiz), se mostra incompatível com a *função* que o princípio da culpabilidade deve exercer dentro do sistema (cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*, 1999, p. 200).

Nesse contexto crítico, surge um "sistema emergente", caracterizado pela convicção de que a construção do conceito de fato punível deva ser teleológico-funcional e racional. Esse sistema denomina-se de **funcionalismo penal**, que consiste em saber a função que o Direito Penal pode desenvolver na sociedade. Destacam-se os estudos acerca da imputação objetiva e do resultado jurídico relevante. Saliente-se, ainda, a ruptura da barreira existente entre Direito Penal e política criminal.

Nessa seara, **Roxin**, em 1970, publica na Alemanha a obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. O autor **busca uma reconstrução da teoria do delito com base**

em critérios político-criminais. Essa orientação funcionalista de Roxin é denominada de *funcionalismo teleológico, valorativo,* ou *funcionalismo moderado.* O Direito Penal é visto como uma forma através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica, pois "transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata ou ferenda*, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto" (ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal.* Trad. Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2000, p. 82).

Para Roxin, "O caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal" (op. cit., p. 20). O autor possui uma concepção de sistema fundado político-criminalmente, tendo como base as seguintes considerações:

- **INJUSTO (tipicidade + ilicitude)**, o qual se define partindo do **fim do Direito Penal** (proteção subsidiária de bens jurídicos).
- **RESPONSABILIDADE**, a qual se define partindo do **fim da pena a ser aplicada concretamente**.

CRIME (FATO PUNÍVEL)			
INJUSTO		**RESPONSABILIDADE**	
Tipicidade	Ilicitude	Culpabilidade	Necessidade preventiva de pena

O **injusto** (tipicidade + ilicitude) deve basear-se na **função do Direito Penal**, ao passo que a **responsabilidade** deve basear-se na **função da pena.**

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-GO - 2019 - Promotor de Justiça) A clássica frase a seguir inaugurou uma nova fase na dogmática jurídico-penal: *"O caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema de direito penal"*. Assinale a alternativa em que consta o autor da referida afirmação, bem como o sistema jurídico-penal a que se refere: a) Edmund Mezger - neokantismo penal; b) Claus Roxin - funcionalismo teleológico racional; c) Günther Jakobs - funcionalismo sistêmico radical; d) Hans Welzel - finalismo penal. **Gabarito: B.**

(FCC - 2016 - DPE-BA - Defensor Público) Foi considerada correta a seguinte alternativa: "A necessidade de associação das categorias do delito a um fundamento material de ofensa ao bem jurídico é uma das bases do funcionalismo de Claus Roxin".

(VUNESP - 2016 - TJ-RJ - Juiz de Direito) "Assinale a alternativa que indica a teoria do Direito Penal que está intimamente ligada à seguinte ideia: "a estruturação do Direito Penal não deve se basear em uma realidade ontológica, devendo ser mitigada a função do bem jurídico como pressuposto e critério norteador para a intervenção penal": a) Constitucionalista. b) Clássica. c) Finalista. d) Funcionalista. e) Garantista". **Gabarito: D.**

Roxin (*teoria personalista da ação*) refere que as ações, intencionais ou imprudentes, são manifestações da personalidade, bem como as omissões. Ou seja,

ação é tudo o que pode ser atribuído a um ser humano como centro psicoespiritual. Não pratica ação a pessoa que atua sob força física irresistível, ou em estado de ilusão ou por atos reflexos, pois não há domínio da vontade e consciência e, portanto, não podem ser classificadas como manifestações de personalidade. Além disso, os pensamentos e impulsos da vontade pertencem à esfera da alma espiritual da pessoa, e, apesar de serem manifestações da personalidade, não são ações, eis que não se concretizaram no mundo exterior (ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 1997, p. 252).

Outra orientação funcionalista é a apontada por **Günther Jakobs**, denominada de *funcionalismo sistêmico, normativista* ou *radical*, decorrente da *teoria sistêmica* de Luhmann. **O Direito Penal deve visar primordialmente à reafirmação da norma violada e ao fortalecimento das expectativas de seus destinatários**. A ação é a produção de resultado evitável pelo indivíduo (*teoria da evitabilidade individual*). A noção conceitual de ação depende apenas da possibilidade de influir no comportamento mediante uma motivação dirigida a evitar o resultado. **O agente é punido porque violou a norma, sendo que a pena visa a reafirmar essa norma violada** (Günther Jakobs, apud Luiz Regis Prado. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 162).

Como bem sintetiza Luiz Flávio Gomes (*Direito Penal - parte geral - introdução*. São Paulo: RT, 2004, p. 76-79), o funcionalismo possui as seguintes características:

a) **Funcionalismo moderado (Roxin):**

- Orientações político-criminais.
- Acolhe valores e princípios garantistas.
- A pena possui finalidade preventiva (geral e especial).
- A pena não possui finalidade retributiva.
- Culpabilidade e necessidade de pena como aspectos da responsabilidade, sendo esta requisito do fato punível, ao lado da tipicidade e da antijuridicidade.
- Culpabilidade como limite da pena.

b) **Funcionalismo radical (Jakobs):**

- Orientações acerca das necessidades sistêmicas.
- O direito é um instrumento de estabilização social.
- O indivíduo é um centro de imputação e responsabilidade.
- A violação da norma é considerada socialmente disfuncional porque questiona a violação do sistema e não porque viola o bem jurídico.
- A pena possui função de prevenção integradora, isto é, reafirmação da norma violada, reforçando a confiança e fidelidade ao Direito.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FAPEMS - 2017 - PC-MS - Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A teoria da proteção penal proposta por Jakobs tem fundamento na Constituição e, como tal, refuta a ideia de que a missão do direito penal é a proteção da vigência da norma".

3.6. Teoria Significativa da ação

A filosofia da linguagem de Wittgenstein e a teoria da ação comunicativa de Habermas levaram o professor espanhol Tomás Salvador Vives Antón a elaborar o conceito significativo de ação. No seu Fundamentos del Sistema penal, Vives Antón aborda o significado da ação a partir de um prisma cartesiano, isto é, apenas como como fato assentado no movimento corporal e na vontade. O que interessa não é aquilo que o sujeito faz, mas sim o significado dado à sua ação.

Não há um conceito ôntico-ontológico de conduta, tal qual defendem os finalistas, ou seja, uma definição de conduta que seja válida para toda e qualquer hipótese de comportamento humano. A ação significativa exige um significado da conduta, a fim de que haja relação com a norma previamente disposta. Em outras palavras, a conduta de matar somente existirá se antes houver uma norma que a defina. Há um significado não somente jurídico, mas também social e cultural na prática de um homicídio. É por isso que somente a norma pode verificar um fato delituoso.

Busato complementa: "Vives inicia assinalando que considera a ação e a norma os dois conceitos fundamentais do Direito penal. A ideia de Vives é estruturar a ação e a norma dentro de uma proposta de significado. O esgotamento da ação como categoria no âmbito da teoria do delito está associado à sua concepção como algo que há no mundo, como fato ontológico. Vives parte da concepção fundamental de que a ação não pode ser um fato específico e nem tampouco ser definida como o substrato da imputação jurídico-penal, mas sim representa 'um processo simbólico regido por normas' que vem a traduzir 'o significado social da conduta'. Assim, para Vives o conceito de ações é o seguinte: 'interpretações que podem dar-se, do comportamento humano, segundo os distintos grupos de regras sociais' e, portanto, elas deverão representar, em termos de estrutura do delito, já não o substrato de um sentido, mas o sentido de um substrato" (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal, Parte Geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 252).

4. CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS DA CONDUTA

São **características** da conduta: a) *comportamento humano, consistente num movimento ou abstenção de movimento corporal*; b) *voluntariedade*.

Como **elementos ou aspectos**, tem-se:

a) Aspecto interno ou ato de vontade com finalidade:

- Proposição de um fim ou objetivo pretendido pelo agente;

- Seleção dos meios para obtenção do objetivo;
- Representação dos resultados concomitantes.

b) **Aspecto externo ou manifestação da vontade:** consiste na exteriorização da conduta, com o desencadeamento da causalidade em direção à produção do resultado pretendido.

Registre-se que ato voluntário não implica que seja livre, uma vez que o agente pode ter agido diante de uma coação moral irresistível.

Toda conduta humana deve ser **consciente** e **voluntária**.

5. FORMAS DE CONDUTA

Duas são as formas de conduta: a) **ação**: movimento corpóreo ou comportamento positivo (ex.: matar, subtrair, constranger); b) **omissão**: abstenção de um comportamento.

Os delitos que descrevem uma *ação* proibida são denominados **crimes comissivos**. Os que descrevem uma *omissão* proibida são os **crimes omissivos próprios** (ex.: omissão de socorro – CP, art. 135). Saliente-se que as *normas proibitivas* (implícitas na lei penal) correspondem aos crimes comissivos, e as *normas preceptivas* ou *mandamentais* correspondem aos crimes omissivos.

Assim, para configurar um crime omissivo o agente deve violar a norma mandamental, deixando de fazer o que a norma determina (obrigação de fazer). Ex.: no crime de omissão de socorro, tem-se como norma mandamental (implícita) "prestarás socorro". Já nos tipos comissivos, o delito restará configurado quando o agente violar a norma de proibição, fazendo o que a norma proíbe (obrigação de não fazer). Ex.: no crime de homicídio tem-se como norma proibitiva "não matarás".

Porém, pode ocorrer que os delitos comissivos sejam praticados mediante uma omissão. Isso ocorre nas hipóteses em que o agente pode e deve agir (dever jurídico especial) para impedir o resultado, mas se omite (CP, art. 13, § 2º). São os chamados **crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios.**

6. AUSÊNCIA DE CONDUTA

Conduta humana é um ato de **consciência** e **vontade**, de sorte que inexistente a consciência ou a vontade não há que se falar em conduta. Nessa situação, não haverá crime por ausência de seu primeiro elemento (fato típico). Tem-se as seguintes hipóteses:

a) **Coação física irresistível:** ocorre força física irresistível nas "hipóteses em que opera sobre o homem uma força de tal proporção que o faz intervir como uma mera massa mecânica" (Zaffaroni e Pierangeli, p. 433). Entretanto, ressaltam os citados autores que haverá conduta se o agente se colocar sob os efeitos de uma força física irresistível.

A força física pode provir: 1) *da natureza*: Ex.: o sujeito é levado pela correnteza vindo a lesionar um terceiro. A força pode ter origem no próprio corpo do indivíduo (movimentos reflexos); 2) *da ação de um terceiro*. Ex.: 'A' domina totalmente 'B' e coloca uma faca em sua mão. Em seguida, segura o braço e a mão de 'B' e empurra a faca no coração de 'C'. Nesse caso, 'B' não praticou nenhuma conduta, mas sim 'A'.

▸ **COAÇÃO FÍSICA IRRESISTÍVEL X COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL**

Não há de se confundir **coação *física* irresistível** (excludente da conduta) com os casos de **coação *moral* irresistível** (excludente da culpabilidade). Se a coação irresistível for apenas moral, não fica afastada a vontade, mas apenas viciada, de sorte que, segundo o art. 22 do CP, o coagido, embora tenha praticado um fato típico e ilícito, será isento de pena, afastando-se a culpabilidade. Por outro lado, se a **coação (física ou moral) for *resistível***, não será considerada como excludente da conduta ou da culpabilidade, mas sim como circunstância atenuante (considerada na sentença condenatória no momento da fixação da pena).

b) **Inconsciência:** é a falta de capacidade psíquica de vontade, que faz desaparecer a conduta. Ex.: movimentos praticados em estados de sonambulismo, hipnose, desmaio, crise epiléptica, estado de coma etc. A inconsciência não deve ser confundida com a hipótese de consciência perturbada, pois nesse caso existe a conduta (ex.: crime praticado por doente mental - art. 26). Na *consciência perturbada* há conduta (ato de vontade), ao passo que na *ausência de consciência* (inconsciência) não há vontade e, assim, desaparecerá a conduta típica.

Observações:

- Haverá ação "nos movimentos impulsivos ou instintivos, das chamadas **ações em curto-circuito**, e os movimentos habituais ou mecânicos (resultantes de prolongada repetição dos mesmos movimentos), pois são suscetíveis de dominação finalística, integrando-se em atividade dirigida a um fim" (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, 1986, p. 154).
- Não há conduta nos chamados **atos reflexos** diante da ausência de voluntariedade. Ex.: a pessoa assustou e ao erguer o braço, em razão do susto, acerta o olho de terceiro, resultando em ferimentos. Não há crime pela ausência de conduta.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IADES - 2016 - Polícia Civil-DF) "Um sujeito sofre de estados de sonambulismo desde os cinco anos de idade. Já com 32 anos de idade, em determinada noite, ele se levanta sonâmbulo e caminha pela casa. Chegando à área de lazer, aproxima-se dos itens de churrasco e empunha uma faca de 30 cm. Quando o irmão desse sujeito toca a lombar dele para levá-lo à cama, de súbito, o sujeito vira e desfere uma facada certeira no estômago do irmão que, em alguns minutos, perde sangue e agoniza até a morte. O sujeito retorna para o quarto e continua seu sono. Com base nesse caso hipotético, é correto afirmar que o referido sujeito: a) praticou o crime de homicídio doloso consumado, pois, ao estocar o irmão, a respectiva ação era dirigida para o fim de matá-lo

– *animus necandi* –, configurando o dolo direto de primeiro grau. b) não praticou crime, pois o respectivo estado de inconsciência consiste em causa de exclusão de culpabilidade. c) praticou o crime de homicídio culposo consumado, pois foi imprudente ao estocar o irmão, mesmo sem vontade explícita e em estado de sonambulismo. d) não praticou crime, pois o respectivo estado de inconsciência é uma hipótese de ausência de ação e, portanto, irrelevante sob o ponto de vista jurídico-penal, haja vista que o conceito de ação tem uma função limitadora no finalismo, excluindo qualquer movimento corporal que não se encaixe no próprio conceito de ação. e) praticou o crime de homicídio doloso consumado, pois tal estado de inconsciência está a exigir uma relação de causalidade, bem como a assunção do risco em produzir o resultado". **Gabarito: D.**

(MP-BA – 2015 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A força maior, o caso fortuito, a coação física irresistível e os movimentos reflexos são causas de exclusão de conduta".

(CESPE – 2009 – MP-RN – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A coação física, quando elimina totalmente a vontade do agente, exclui a conduta; na hipótese de coação moral irresistível, há fato típico e ilícito, mas a culpabilidade do agente é excluída; a coação moral resistível atua como circunstância atenuante genérica".

Capítulo III

Resultado

1. RESULTADO NATURALÍSTICO

Art. 13. O **resultado**, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. (...)

CRIME		
FATO TÍPICO	**ILICITUDE**	**CULPABILIDADE**
Conduta Resultado Nexo causal Tipicidade	Fato contrário ao ordenamento jurídico	1. Imputabilidade 2. Potencial consciência da ilicitude do fato 3. Exigibilidade de conduta diversa

Segundo a **teoria naturalística**, resultado é modificação do mundo exterior causada pela conduta. Essa modificação pode ser *física* (ex.: destruição de objeto – art. 163), *fisiológica* (ex.: lesão corporal – art. 129) ou *psicológica* (ex.: percepção da ofensa – art. 140). Com esse conceito, observa-se que **nem todo crime possui resultado naturalístico**, como ocorre com os crimes de mera conduta.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – TCM-RJ – Auditor) "A respeito da relação de causalidade, é INCORRETO afirmar que: a) o resultado, de que depende a existência do crime, só é imputável a quem lhe deu causa. b) não há fato típico decorrente de caso fortuito. c) não há crime sem resultado. d) a omissão também pode ser causa do resultado. e) o Código Penal adotou a teoria da equivalência das condições". **Gabarito: C.**

De acordo com o resultado naturalístico, as infrações penais classificam-se em:

- ***Crime material:*** o tipo exige para sua consumação a produção de um resultado naturalístico. *Exemplo*: no art. 121, o tipo exige, como resultado naturalístico, a morte da vítima. Isto porque, para que haja a consumação de um crime, é necessária a realização de todos os elementos de sua definição legal e, no caso do homicídio, é necessário que alguém mate outrem.

- ***Crime formal:*** o tipo descreve uma conduta que pode causar um resultado naturalístico, mas não exige a realização deste, muito embora o resultado

externo à conduta esteja previsto no tipo. *Exemplo*: extorsão mediante sequestro. O tipo descreve a conduta (sequestro) e um resultado naturalístico externo à conduta (recebimento de qualquer vantagem como condição ou preço do resgate), mas não exige para a consumação que esse resultado se produza.

- ***Crime de mera conduta:*** o tipo descreve apenas uma conduta. Não exige para sua consumação um resultado naturalístico externo à ação, bem como não descreve esse resultado no tipo. *Exemplo*: porte ilegal de arma de fogo. O tipo descreve apenas a conduta de portar arma de fogo, deixando de vinculá-la à causação de algum resultado naturalístico, como a morte de uma pessoa.

Obs.: alguns autores não fazem distinção entre crime formal e de mera conduta.

2. RESULTADO NORMATIVO

Além da teoria naturalística, existe a chamada **teoria normativa ou jurídica** no que tange ao conceito de resultado do crime. Segundo esta teoria, resultado é a lesão ou a possibilidade de lesão a um bem jurídico tutelado pela norma penal. Com esta concepção, **todo crime possui resultado** (resultado normativo ou jurídico).

A título de exemplo, pode-se dizer que no crime de lesão corporal ocorre o *resultado naturalístico* (modificação fisiológica da vítima) e o *resultado normativo* (lesão ao bem jurídico incolumidade do indivíduo).

Atualmente, esta concepção de resultado (normativo) vem sendo analisada no campo da tipicidade em seu aspecto material.

3. RESULTADO PREVISTO NO ART. 13, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL

Muito embora no art. 13, *caput*, conste que para a existência de um crime é necessário um **resultado**, predomina na doutrina que se trata do **resultado *naturalístico***. Entretanto, como visto, nem todo crime possui resultado naturalístico, como os crimes formais e os de mera conduta. Com efeito, nesse sentido, o dispositivo necessita de uma interpretação restritiva, a fim de considerar que apenas os crimes materiais necessitam de resultado para sua existência.

Por outro lado, parcela minoritária da doutrina (Luiz Flávio Gomes e Rogério Greco, por exemplo) entende que se deve interpretar o dispositivo no sentido que se trata do **resultado *normativo***, dispensando, assim, uma interpretação restritiva, tendo em vista que todo crime possui resultado normativo (lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado).

Capítulo IV

Nexo de causalidade

1. CONCEITO E TEORIAS

> **Art. 13.** (...) Considera-se **causa** a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

CRIME		
FATO TÍPICO	**ILICITUDE**	**CULPABILIDADE**
Conduta Resultado **Nexo causal** Tipicidade	Fato contrário ao ordenamento jurídico	1. Imputabilidade 2. Potencial consciência da ilicitude 3. Exigibilidade de conduta diversa

Nexo causal, no campo naturalístico (físico ou material), é a ligação entre uma **conduta** (causa) e o **resultado naturalístico** (modificação do mundo exterior).

O nexo causal (naturalístico, físico ou material) possui relevância apenas em relação aos crimes materiais, pois estes exigem para a sua consumação a produção do resultado naturalístico (modificação do mundo exterior), ao contrário dos crimes formais e de mera conduta, que não exigem a produção desse resultado. *Exemplo:* no crime de homicídio (crime material), é necessário averiguar a relação entre a conduta praticada com o resultado naturalístico (morte). No crime de extorsão (art. 158), o tipo penal não exige a produção do resultado naturalístico (obtenção da indevida vantagem econômica), de sorte que não há de se falar em nexo causal naturalístico.

Dentre as principais teorias do nexo causal ou da relação de causalidade (procuram explicar quando uma ação é causa de um resultado), destacam-se:

a) **Teoria da equivalência dos antecedentes causais (ou da conditio sine qua non):** causa é, indistintamente, toda e qualquer condição que tenha contribuído para o resultado. Foi adotada no art. 13, caput, do Código Penal. Vide item 2, abaixo.

b) **Teoria da causalidade adequada:** fundada por Johannes von Kries, considera como causa a condição mais adequada ou idônea para produzir o resultado típico, afastando as causas que acidentalmente contribuíram para o resultado. A causa adequada é aferida segundo um juízo de

probabilidade ou possibilidade (cf. FRAGOSO, *Lições...*, p. 169). Essa aferição pode ser dar por um juízo *subjetivo*, baseado no conhecimento pessoal, conforme previsão do agente, segundo proposição do próprio Kries, ou por um juízo *objetivo* (cf. PRADO, *Curso ...*, p. 290). Pelo juízo objetivo utiliza-se o critério da **prognose póstuma objetiva ou prognose objetiva posterior**, que leva em consideração o ponto de vista de um observador objetivo colocado antes do fato, dispondo dos conhecimentos de um homem inteligente e dos conhecimentos especiais do agente (cf. ROXIN, *Derecho Penal ...*, p. 360).

2. TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES CAUSAIS

Nos termos do art. 13, *caput*, do CP, considera-se causa a conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido. Foi adotada a **teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*)**, uma vez que se considera causa qualquer condição que contribua para a produção do resultado naturalístico. Trata-se de análise de dados referentes ao plano físico (naturalístico), por isso se diz que é uma teoria sobre o nexo causal físico. Para esta teoria não há diferença entre as causas ou entre causa e condição, independentemente do grau de contribuição. Não se fala em condições essenciais ou não essenciais. Assim, considera-se causa qualquer antecedente que tenha contribuído, no plano físico, para o resultado.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – TCE-CE – Conselheiro) "O Código Penal adota no seu art. 13 a teoria *conditio sine qua non* (condição sem a qual não). Por ela: a) imputa-se o resultado a quem também não deu causa; b) a causa dispensa a adequação para o resultado; c) a ação e a omissão são desconsideradas para o resultado; d) tudo que contribui para o resultado é causa, não se distinguindo entre causa e condição ou concausa; e) a omissão é penalmente irrelevante". **Gabarito: D.**

Segundo o denominado **procedimento hipotético de eliminação de Thyrén**, causa é todo antecedente que, suprimido mentalmente, impediria a produção do resultado como ocorreu.

Exemplo: 'A' desfere uma facada (conduta de matar) em 'B'. Em decorrência dos ferimentos causados pela facada (nexo causal) advém a morte (resultado). Se 'A' não tivesse desferido a facada o resultado morte não teria ocorrido "como ocorreu".

Como bem expõe Ronan Rocha (*A relação de causalidade no direito penal*, p. 26), o nexo causal possui uma **função de garantia** do cidadão contra o exercício do poder punitivo, uma vez que somente pode ser punido por fato por ele mesmo causado (função de "fundamentar a imputação do resultado").

Obs.: outra teoria que possui seu postulado no campo fenomênico é a **teoria da condição mínima** ou **teoria INUS** (nome formado pelas iniciais de seu enunciado: insufficient but non redundant part of an unnecessary but sufficient condition), a qual é desenvolvida por Jonh Leslie Mackie, filósofo australiano,

utilizando os conceitos de causa necessária e causa suficiente (Rocha, 131). **Causa** é o "*componente necessário* de uma **condição mínima suficiente**" para o resultado. Ao descrever sobre o tema, Rocha argumenta que o legislador pátrio poderia reformar o CP para adotá-la por suas vantagens. Por sua vez, Luís Greco (*Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*, p. 64) entende que há espaço no art. 13 do CP para acomodá-la. Exemplo: no caso de decisão de órgãos colegiados "os votos dados ou omitidos causam o resultado, na medida em que são componentes necessários de alguma das várias condições suficientes da produção deste".

3. LIMITES AO REGRESSO AD INFINITUM OU COMPLEMENTO À TEORIA *CONDITIO SINE QUA NON*

A teoria da equivalência dos antecedentes causais é muito extensa, uma vez que permite o regresso ao infinito (*regressus ad infinitum*) na investigação do que seja causa. Exemplificando, pode-se dizer que o fabricante e o comerciante da faca utilizada em um homicídio deram causa física (naturalística ou material) ao resultado morte, pois se não fossem a fabricação e venda da faca o resultado morte não teria ocorrido "como ocorreu".

Entretanto, para evitar a responsabilização de certas condutas antecedentes que contribuíram para o resultado (segundo a teoria da equivalência dos antecedentes causais), a legislação e a doutrina apontam certos limites ou complementos, como a análise de dolo e culpa, bem como os critérios de imputação objetiva.

Assim, embora o agente tenha praticado a conduta e causado o resultado, resta afastada a tipicidade diante da ausência de dolo ou culpa, ou mesmo pelo não preenchimento dos critérios acerca da imputação objetiva.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBADE – 2017 – PC-AC – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A teoria da *conditio sine qua non* tem como consequência o regresso *ad infinitum* na análise dos antecedentes causais, o que pode ser evitado, entre outras análises, pela imputação objetiva".

3.1. Análise de dolo ou culpa

Não basta que a conduta tenha causado o resultado naturalístico para que exista imputação e, por consequência, configure o fato típico (primeiro elemento do crime). **É necessário que seja a conduta dolosa ou culposa (responsabilidade subjetiva).** Em outras palavras, somente haverá tipicidade se a conduta for dolosa ou culposa. *Exemplo:* o fabricante da faca utilizada para matar alguém, pela teoria da equivalência dos antecedentes causais, deu causa ao resultado, uma vez que se não fosse a fabricação da faca, a vítima não teria morrido "como morreu". Entretanto, apesar ter causado o resultado morte com sua conduta antecedente (fabricação da faca), não responderá

pelo resultado morte (não haverá tipicidade), uma vez que sua conduta não é dolosa ou culposa.

Existe divergência doutrinária acerca do conteúdo do nexo causal. Conforme acima exposto, entendemos que ocorrerá o nexo causal **(causação ou nexo causal material)** no ato de fabricar uma faca e o resultado morte com a sua utilização, independentemente de análise de dolo ou culpa. O que não haverá é a realização do tipo (tipicidade), uma vez que o agente não agiu com dolo ou culpa.

Por outro lado, alguns autores entendem que, se a conduta não for dolosa ou culposa, não haverá nexo causal. Para estes, na análise do nexo causal, além da relação causal física (naturalística ou material), é necessária a existência de um nexo causal "subjetivo" (dolo ou culpa).

Em síntese, tomando o exemplo do fabricante da faca em relação ao homicídio:

1ª posição: há nexo causal. Isto porque a análise do nexo causal é restrita a dados físicos (naturalísticos ou materiais). Entretanto, apesar de haver nexo causal, o fabricante da faca não responde pelo resultado (ausência de tipicidade), uma vez que a conduta não foi dolosa nem culposa. Como bem salientam Zaffaroni e Pierangeli (*Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 419), o nexo causal não é um problema de Direito Penal, mas sim físico (naturalístico). O problema passa a ser jurídico quando o Direito Penal releva o nexo de causalidade para efeito de proibição legal da conduta.

2ª posição: não há nexo causal. Para esta corrente, existem *limites* visando à *interrupção* do nexo causal. Assim, apesar de existir relação de causa e efeito no plano físico, falta a relação causal subjetiva (dolo ou culpa), de sorte que a ausência de dolo ou culpa interrompe o nexo causal. Conforme Assis Toledo, o nexo causal "não é puramente naturalístico, pois deve ser valorado, aferido, conjuntamente com o elemento subjetivo do agente. Em outras palavras, a causalidade relevante para o Direito Penal é aquela que foi, ou pelo menos deveria ter sido, visualizada, prevista, antecipada na mente pelo agente. Com isso, o dolo e a culpa limitam, na cadeia causal, que pode ser infinita" (*Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 113).

De qualquer forma, nos crimes materiais, para que ocorra o **fato típico,** não basta que alguém tenha com sua conduta dado causa a um resultado naturalístico (*causação física, material ou naturalística*). Isto porque é indispensável a análise de dolo ou culpa.

3.2. Imputação objetiva (breve noção)

Conforme veremos no capítulo "Tipicidade", para se falar em fato típico é necessário analisar, além da causalidade física (nexo causal naturalístico), se a conduta criou ou incrementou um risco proibido relevante, bem como se esse risco se materializou no resultado jurídico, dentro do alcance do tipo.

Assim, o fabricante da faca utilizada para matar alguém, pela teoria da equivalência dos antecedentes causais, deu causa ao resultado, uma vez que se não fosse a fabricação da faca a vítima não teria morrido "como morreu". Entretanto, apesar de ter causado o resultado morte com sua conduta antecedente (fabricação da faca), não responderá pelo resultado morte, uma vez que sua conduta não criou um risco proibido.

3.3. Considerações finais acerca dos limites do nexo causal

Como exposto, para que ocorra o *fato típico* (conduta, resultado, nexo causal e tipicidade) não basta que alguém tenha com sua conduta dado causa a um resultado (*causação material*). Isto porque é indispensável a análise de outras questões no âmbito da tipicidade, como, por exemplo, a presença de dolo (*imputação subjetiva*) ou culpa, ou ainda de outros critérios relacionados ao risco (*imputação objetiva* - que será objeto de estudo mais adiante). A propósito: "No Brasil, a relação de causalidade é decifrada pela conjugação entre a Teoria da Equivalência dos Antecedentes Causais (art. 13 do CP), o método de eliminação hipotético e o filtro de causalidade psíquica (imputatio delicti). Em apertada síntese, uma ação poderá ser considerada causa do evento danoso se, suprimida mentalmente do contexto fático, o resultado teria deixado de ocorrer tal como ocorreu. Ainda, de forma a evitar o regresso ao infinito, deve-se sempre perscrutar o elemento subjetivo (dolo ou culpa) que anima a conduta do agente" (STJ, 6ª T., RHC 80142, j. 28/03/2017).

Segundo nossa posição e conforme veremos, a tipicidade é compreendida da seguinte forma:

4. ESPÉCIES DE CAUSAS

4.1. Causas absolutamente independentes

Nas três hipóteses abaixo, a conduta do agente não possui relação com o resultado. Este é produzido exclusivamente por outra causa.

4.1.1. *Causa preexistente absolutamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, caput)*

A causa que produz o resultado existia antes da conduta do agente.

Exemplo: o agente 'A' fere a vítima 'B', que vem a morrer exclusivamente pelos efeitos do veneno que havia ingerido antes da conduta. Não há nenhuma relação da conduta do agente com a morte da vítima. No entanto, a conduta do agente tem relevância penal. Se a intenção de 'A' era matar, responderá por tentativa de homicídio (art. 121 c/c art. 14, II). Se a sua intenção fosse apenas de causar ofensa à integridade física, responderá por lesões corporais (art. 129).

4.1.2. *Causa concomitante absolutamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, caput)*

A causa que produziu o resultado surge no mesmo instante da conduta do agente.

Exemplo: 'A' fere 'B' no mesmo momento em que este vem a falecer exclusivamente pelo disparo de arma de 'C', que, por sua vez, desconhecia a conduta de 'A'. O agente 'A' não responderá pelo resultado morte. 'A' responderá por tentativa de homicídio ou lesão corporal, dependendo da intenção.

4.1.3. *Causa superveniente absolutamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, caput)*

A causa que produziu o resultado surge posteriormente à conduta do agente.

Exemplo: 'A', com a intenção de matar, ministra veneno na refeição de 'B'. Entretanto, antes de o veneno produzir o efeito letal, 'B' vem a morrer exclusivamente de um colapso cardíaco. 'A' responderá por tentativa de homicídio (art. 121 c/c art. 14, II).

4.2. Causas relativamente independentes

Duas causas interligadas produzem o resultado (uma causa não produzida pelo agente + a conduta deste). A causa relativamente independente encontra-se na mesma linha de desdobramento natural da conduta. Muito embora aliado à outra causa, o agente contribui (com sua conduta) para a causação do resultado, de forma que este lhe será imputado, salvo na hipótese do art. 13, § 1º, do CP.

4.2.1. *Causa preexistente relativamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, caput)*

Duas causas interligadas (preexistente e a conduta do agente) produzem o resultado.

Exemplo: Com intenção de matar, 'A' desfere facadas em 'B' (portador de hemofilia), que vem a falecer em consequência dos ferimentos aliados ao seu estado de saúde. A conduta do agente, aliada à causa preexistente, contribuiu para o resultado, de sorte que há nexo causal. Responderá por homicídio consumado.

Obs.: parte da doutrina sustenta que o agente somente responderá pela morte se tiver consciência do estado de hemofilia.

4.2.2. *Causa concomitante relativamente independente em relação à conduta do agente (CP, art. 13, caput)*

Duas causas interligadas (concomitante e a conduta do agente) produzem o resultado.

Exemplo: 'A' desfere facadas em 'B' no exato instante em que este está sofrendo um ataque cardíaco. Prova-se que os ferimentos causados por 'A' contribuíram para a morte. A conduta do agente, aliada à causa concomitante, contribuiu para o resultado, de sorte que há nexo causal. O agente responderá por homicídio consumado.

4.2.3. *Causa superveniente relativamente independente que não causa, por si só, o resultado*

Duas causas interligadas (a superveniente e a conduta do agente) produzem o resultado.

Segundo se deflui do disposto no art. 13, § 1º, c/c art. 13, *caput*, pode ocorrer que a **causa superveniente *não* produza, por si só, o resultado.** Ou seja, o resultado causado está na mesma linha de desdobramento da conduta do agente. Existe uma conjugação de causas (conduta do agente e causa superveniente). A conduta do agente, aliada à causa superveniente, contribuiu para o resultado, de sorte que há nexo causal.

Exemplo: com intenção de matar, 'A' golpeia 'B' com uma faca, ferindo-o na região abdominal. Um terceiro impede que 'A' prossiga na execução. 'B' é levado a um hospital e vem a falecer em virtude de ter contraído broncopneumonia durante o tratamento, em virtude de seu precário estado de saúde (em razão dos ferimentos produzidos pela conduta do agente). Nesse caso, o resultado morte será imputado ao agente.

Segundo já decidiu o STJ: "O fato de a vítima ter falecido no hospital em decorrência das lesões sofridas, ainda que se alegue eventual omissão no atendimento médico, encontra-se inserido no desdobramento físico do ato de atentar contra a vida da vítima, não caracterizando constrangimento ilegal a responsabilização criminal por homicídio consumado, em respeito à teoria da equivalência dos antecedentes causais adotada no Código Penal e diante da comprovação do *animus necandi* do agente" (HC 42.559, 5ª T., j. 04/04/2006).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2008 – PGE-CE – Procurador do Estado) "Denis desferiu cinco facadas em Henrique com intenção de matar. Socorrido imediatamente e encaminhado ao hospital mais próximo, Henrique foi submetido a cirurgia de emergência, em razão da qual contraiu infecção e, finalmente, faleceu. Acerca dessa situação hipotética, assinale a opção correta, com base no entendimento do STF. (...) **Não houve rompimento do nexo de causalidade, devendo Denis responder por homicídio doloso consumado".**

4.2.4. *Causa superveniente relativamente independente que causa, por si só, o resultado (art. 13, § 1º)*

Nos termos do art. 13, § 1º, a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

O agente pratica uma conduta e causa um determinado resultado. Posteriormente, surge outra causa que possui relação com a conduta do agente. Se essa causa superveniente, **por si só**, produzir resultado, este não será imputado ao agente. Responderá apenas pelo que causou com sua conduta inicial antes da ocorrência da causa superveniente.

Exemplos:

▪ Com intenção de matar, 'A' golpeia 'B' com uma faca, ferindo-o na região abdominal. Um terceiro impede que 'A' prossiga na execução. Observe que até esse momento se tem uma tentativa de homicídio, uma vez que não houve a consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente. 'B' é levado a um hospital e vem a falecer exclusivamente em virtude dos ferimentos oriundos de um desabamento (causa superveniente). Nesse caso, os ferimentos decorrentes do desabamento, por si sós, deram causa ao resultado morte. Com efeito, o **resultado naturalístico morte não será *imputado* ao agente.** Entretanto, o agente **deverá responder pelos atos anteriormente praticados.** Como o agente iniciou a execução do crime de homicídio, que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, já que foi impedido de prosseguir na execução, responderá por tentativa de homicídio. Se no exemplo acima a intenção do agente fosse apenas de causar ofensa à integridade física, responderia por lesão corporal consumada (leve, grave ou gravíssima, dependendo do caso).

▪ Com intenção de matar, 'A' golpeia 'B', ferindo-o na região abdominal. Um terceiro impede que prossiga na execução. 'B' é colocado em uma ambulância. No caminho para o hospital o veículo se envolve em um acidente. Em virtude do acidente, 'B' sofre graves ferimentos na cabeça, que, por si sós, causam a sua morte. Da mesma forma que no exemplo 1, 'A' responderá por tentativa de homicídio.

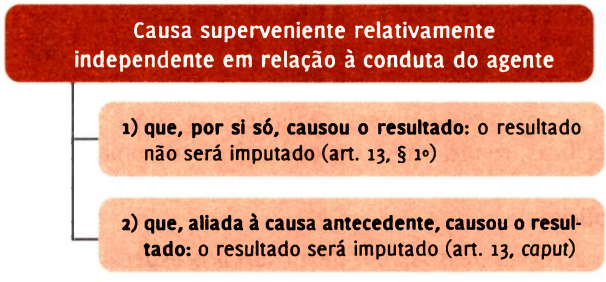
Alguns autores sustentam que nessa situação (art. 13, § 1º) ocorre o *rompimento do nexo causal*, por isso o resultado não será imputado ao agente. Segundo decidido no HC 42559 (STJ), "O § 1º do referido artigo limita a extensão da regra da equivalência dos antecedentes causais, enunciada no caput, retirando dela a concausa relativamente Independente (...) **Com o § 1º fica excluído o nexo de causalidade** quando sobrevém uma segunda causa que se situa fora do desdobramento normal da causa original, e que, por si só, já causa o resultado. Assim, se a segunda causa estiver dentro do desdobramento físico da primeira, o agente responde pelo resultado. Ao contrário, se a segunda causa (ou concausa) não se achar no desdobramento normal da anterior e, por si só, produzir o resultado, o agente não responderá por este".

Ao contrário da posição acima, entendemos que não se trata de rompimento do nexo causal (causação material), uma vez que se não fosse a conduta do agente a vítima não teria sido atingida pela causa superveniente. Na verdade,

a conduta do agente é causa do resultado (ocorre o nexo causal físico ou naturalístico), mas a **lei exclui a *imputação* do resultado**.

Ressalte-se, como dito anteriormente, que existe posicionamento no sentido de que o CP abandonou nesta hipótese (art. 13, § 1º) a **teoria da equivalência dos antecedentes causais** para adotar a **teoria da causalidade adequada** de Von Kries e Von Bar. Por outro lado, Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina (p. 190) sustentam que essa situação é um exemplo de ter o CP adotado a **teoria da imputação objetiva** (seria uma hipótese que não haveria imputação objetiva do resultado, tendo em vista que a conduta que criou um risco proibido não tem relação com o resultado).

Em resumo, no que tange às causas supervenientes relativamente independentes:



▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O Código Penal em vigor admite a concausa como condição concorrente para a produção do resultado com preponderância sobre a conduta do sujeito".

(CESPE – 2019 – TJ-BA – Juiz de Direito) João, com a intenção de matar José, seu desafeto, efetuou disparos de arma de fogo contra ele. José foi atingido pelos projéteis e faleceu. Considere que, depois de feitos os exames necessários, se tenha constatado uma das seguintes hipóteses relativamente à causa da morte de José.

I. Apesar dos disparos sofridos pela vítima, a causa determinante da sua morte foi intoxicação devido ao fato de ela ter ingerido veneno minutos antes de ter sido alvejada.

II. A morte decorreu de ferimentos causados por disparos de arma de fogo efetuados por terceiro no mesmo momento em que João agiu e sem o conhecimento deste.

III. A vítima faleceu em razão dos ferimentos sofridos, os quais foram agravados por sua condição de hemofílica.

IV. A morte decorreu de uma infecção hospitalar que acometeu a vítima quando do tratamento dos ferimentos causados pelos tiros.

Nessa situação hipotética, conforme a teoria dos antecedentes causais adotada pelo CP, João responderá pela morte de seu desafeto caso se enquadre em uma das hipóteses previstas nos itens: a) I e II. b) I e III. c) III e IV. d) I, II e IV. e) II, III e IV. **Gabarito: C.**

(CESPE – 2019 – DPE-DF – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A superveniência de causa relativamente independente da conduta do agente excluirá a imputação do resultado nos casos em que, por si só, ela tiver produzido o resultado".

(CESPE - 2016 - PC-PE - Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O CP adota, como regra, a teoria da causalidade adequada, dada a afirmação nele constante de que "o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa; causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

5. CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS (COMISSIVOS POR OMISSÃO)

5.1. Noção

Como visto anteriormente, a conduta pode se dar por ação ou omissão. Os crimes comissivos possuem um tipo penal que descreve uma ação (ex.: art. 121 - matar alguém), ao passo que nos crimes omissivos próprios o tipo penal descreve uma omissão (ex.: art. 135 - "deixar de prestar ...").

Entretanto, os crimes comissivos podem se realizar por uma conduta omissiva, desde que ocorra uma das hipóteses do art. 13, § 2º, do CP. Ou seja, em regra, um crime comissivo será realizado por uma ação, mas, em certas situações específicas, realizar-se-á em decorrência de uma omissão. Nesse caso, estaremos diante de um **crime comissivo por omissão (omissivo impróprio, impuro ou espúrio)**.

A lei impõe a certas pessoas um ***dever jurídico especial*** de agir para evitar o resultado. São os denominados garantes (posição de garantidor). Com isso, diante de uma determinada situação, o resultado não evitado será imputado ao agente.

O Código Penal aproxima-se da ***teoria formal do dever jurídico***, tendo em vista que a posição de garantidor leva em consideração suas *fontes formais* (alíneas *a*, *b* e c do art. 13, § 2º). Na doutrina alemã encontra-se difundida outra teoria, denominada ***teoria das funções***, procedente de Armin Kaufmann, pela qual a posição de garantidor passa a existir quando o sujeito possui uma *função específica de proteção do bem jurídico* ou uma *função pessoal de controle de uma fonte de perigo* (PUIG, p. 275).

De acordo com o **Enunciado 7 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, vinculado ao STJ**, "A responsabilidade a título de omissão imprópria deve observar a assunção fática e real de competências que fundamentam a posição de garante".

5.2. Dever de agir

A omissão será penalmente relevante quando o omitente **devia** (hipóteses descritas nas letras *a*, *b* e *c*) e **podia** (possibilidade física) agir para evitar o resultado.

Hipóteses de **dever jurídico especial** de agir (art. 13, § 2º):

a) **Tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.** *Exemplo*: a mãe que deixa de alimentar o filho está descumprindo uma obrigação imposta por lei (CC, artigos 1.566, IV e 1.634, I). Assim, no caso de falecimento do

menor, a genitora responderá por homicídio doloso (art. 121 c/c art. 13, § 2º, a) ou culposo (art. 121, § 3º, c/c art. 13, § 2º, *a*), dependendo do caso. Há também o dever legal de agir nas atividades desempenhadas por certas pessoas, como policiais e bombeiros.

b) **De outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado.** O agente assume a responsabilidade da não ocorrência do resultado, haja contrato ou não. *Exemplo:* um salva-vidas particular assume a responsabilidade de evitar afogamentos. Caso perceba que um nadador esteja se afogando, deve agir para evitar o resultado morte. Se podia agir e se omitiu, responderá pelo resultado que deixou de evitar. Se a omissão foi voluntária, e sobrevier a morte, responderá por homicídio doloso (art. 121 c/c art. 13, § 2º, *b*).

c) **Com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (ingerência).** Em um primeiro momento a pessoa cria um risco com seu comportamento (ação ou omissão). Com efeito, fica obrigada a evitar o resultado. O dolo e a culpa têm relevância nesse segundo momento (dever de agir).

Exemplos:

- O agente acidentalmente empurra uma pessoa na piscina (primeiro momento). Ao perceber o afogamento (segundo momento), deverá agir para evitar o resultado. Se deixar de agir intencionalmente, responderá por homicídio doloso (art. 121 c/c art. 13, § 2º, *c*). Observe que no exemplo o dolo está na omissão e não na ação de empurrar.
- 'A', por imprudência, desfere uma paulada no ventre de 'B' (gestante), iniciando fortes dores e sangramento. Entretanto, ciente da necessidade de socorrer 'B', 'A' deixa de agir, assumindo o risco de ocorrer um aborto, o que de fato ocorre. Nesse caso, o dolo (eventual) está na sua omissão, de sorte que responderá por aborto (art. 125 c/c art. 13, § 2º, *c*).

O comportamento anterior pode ser **doloso** ou **culposo**, e, ainda, para parte da doutrina, pode ser até **lícito**. Ex.: pessoa, sem perceber, tranca um ladrão em um estabelecimento comercial (a pessoa não possuía o dever de cuidado de verificar a presença de ladrão antes de fechar). Ao ser avisado do ocorrido terá a obrigação de ir libertá-lo, caso contrário responderá por cárcere privado (art. 148 do CP). Segundo André Lamas Leite, na doutrina alemã predomina que a conduta anterior deve ser ilícita (*As posições de garantia na omissão impura*, 2007, p. 276).

A nosso ver, até mesmo o comportamento anterior **involuntário**, que cria o risco, gera a obrigação de evitar o resultado. Ex.: 'A', em estado de sonambulismo, se choca com 'B' (gestante), resultando em ferimentos. Com a trombada involuntária acorda assustado e percebe que a gestante precisa de atendimento médico, mas deixa de agir, assumindo o risco de ocorrer um aborto, o que de fato ocorre. No caso, o comportamento anterior foi involuntário e o posterior (omissão) doloso. Responderá por aborto (art. 125 c/c art. 13, § 2º, *c*).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Os crimes omissivos impróprios dispensam a existência de um resultado e, portanto, não necessitam de verificação do nexo de causalidade".

(Inst. Acesso – 2019 – PC-ES – Delegado de Polícia) Mélvio é instrutor de escaladas, membro da Associação Capixaba de Escaladas (ACE). Sua especialidade é escalar picos com alto grau de dificuldade. Em comemoração aos seus 10 (dez) anos como instrutor, resolveu promover uma escalada em Afonso Claudio, cidade do Espírito Santo, na Pedra de Lajinha, que está entre os cinco picos mais altos do Brasil. Montou um grupo nas redes sociais e convocou amigos e escaladores. No dia marcado para a subida, havia previsão de chuva e ventos, que poderiam ocorrer na metade do trajeto. No pé do pico, lugar de início da subida, foi colocada uma placa indicando que não era seguro escalar em função das condições climáticas. Como a escalada era muito longa, ele foi orientado por colegas instrutores que não promovesse a escalada. Três amigos de Mélvio, que não tinham experiência nessa prática esportiva, foram fazer a escalada para prestigiar Mélvio. Um deles, ao ouvir a fala dos demais instrutores, resolveu não subir, mas os outros dois cederam à insistência de Mélvio, que considerava a subida fácil, apesar de longa. Feliz, Mélvio disse que, apesar da chuva e do vento previstos, nada iria derrubá-los na escalada e que tudo estava sob controle, afirmando que muitas vezes tais previsões estavam erradas. Mesmo sabendo que não era 100% seguro fazer a escalada, principalmente para os iniciantes, Mélvio se colocou como responsável por seus amigos, garantindo-se em seus 10 anos de experiência. Não obstante, a previsão se confirmou. Com a chegada do vento e da tempestade, Mélvio não conseguiu dar o suporte prometido para seus amigos, que acabaram sendo arremessados, pelo vento e chuva, para baixo. Com a queda os dois amigos vieram a falecer. Sabendo-se que:I. restou comprovado que o material de escalada de Mélvio era compatível com os níveis de segurança exigidos para escaladas nas condições acima expostas; II. o instrutor possuía autonomia e registro para a promover escaladas, com experiência no tipo de subida proposto e reconhecido pela ACE; III. o percentual de acertos de tais previsões do tempo, para as próximas horas, era de 95% em relação ao local da escalada, como estava exposto na placa; IV. os amigos de Mélvio que caíram, somente subiram com a garantia de segurança do instrutor; é correto afirmar que Mélvio: a) deve responder por homicídio doloso em sua forma direta, devido a sua condição de agente garantidor. b) deve responder por homicídio culposo, devido a sua condição de agente garantidor. c) não deve responder por homicídio, uma vez que seus amigos aceitaram sua garantia para subir. d) não deve responder pela prática de homicídio, uma vez que o mau tempo era alheio a sua vontade. e) deve responder por homicídio doloso, considerando o dolo eventual, porque, mesmo sem a intenção de matar, não levou em consideração os avisos dos demais instrutores. **Gabarito: B.**

(FAPEMS – 2017 – PC-MS – Delegado de Polícia) A partir da narrativa a seguir e considerando as classes de crimes omissivos, assinale a alternativa correta. Artur, após subtrair aparelho celular no interior de um mercado, foi detido por populares que o amarraram em um poste de iluminação. Acabou agredido violentamente por Valdemar, vítima da subtração, que se valeu de uma barra de ferro encontrada na rua. Alice tentou intervir, porém foi ameaçada por Valdemar. Ato contínuo, Alice, verificando a grave situação, correu até um posto da Polícia Militar e relatou o fato ao soldado Pereira, que se recusou a ir até o local no qual estava o periclitante, alegando que a situação deveria ser resolvida unicamente pelos envolvidos. Francisco, segurança particular do mercado, gravou a agressão e postou as imagens em rede social com a seguinte legenda: "Aí mano, em primeira mão: outro pra vala". Artur morreu em decorrência de trauma craniano.

a) Pereira poderá ser indiciado pela prática de crime omissivo impróprio.

b) Pereira poderá ser indiciado pela prática de crime omissivo próprio.

c) Alice poderá ser indiciada pela prática de crime omissivo próprio.

d) Alice poderá ser indiciada pela prática de crime omissivo impróprio.

e) Francisco poderá ser indiciado pela prática de crime comissivo por omissão.

Gabarito: A.

(MP-RS – 2017 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Quem, sabendo nadar, por brincadeira de mau gosto, empurra o amigo para dentro da piscina, por sua ingerência, estará obrigado a salvá-lo, se necessário, para que o fato não se transforme em crime de homicídio, no caso de eventual morte por afogamento".

(VUNESP – 2016 – TJM-SP – Juiz) "A respeito da omissão própria e da omissão imprópria (também denominada crime comissivo por omissão), é correto afirmar que: a) um dos critérios apontados pela doutrina para diferenciar a omissão própria da omissão imprópria é o tipológico, segundo o qual, havendo norma expressa criminalizando a omissão, estar-se-ia diante de uma omissão imprópria. b) nos termos do Código Penal, possui posição de garantidor e, portanto, o dever de impedir o resultado, apenas quem, por lei, tem a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. c) a ingerência, denominação dada à posição de garantidor decorrente de um comportamento anterior que gera risco de resultado, não está positivada no ordenamento brasileiro, tratando-se de uma construção dogmática. d) o crime praticado por omissão, segundo o Código Penal, é apenado de forma atenuada ao crime praticado por ação. e) segundo o Código Penal, a omissão imprópria somente terá relevância penal se, além do dever de impedir o resultado, o omitente tiver possibilidade de evitá-lo". **Gabarito: E.**

(VUNESP – 2015 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O crime comissivo por omissão é aquele em que o sujeito, por omissão, permite a produção de um resultado posterior que lhe é condicionante".

(MPF – 2011 – Procurador da República) Foram consideradas *corretas* as seguintes alternativas: "I – São pressupostos fundamentais do crime omissivo impróprio o dever de agir, o poder agir, a evitabilidade do resultado e o dever de impedir o resultado; III – O comportamento anterior, que cria o risco da ocorrência do resultado, pode ser voluntário ou involuntário, doloso ou culposo".

5.3. Elementos do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios

Em relação ao **tipo objetivo** (elementos objetivos do tipo), uma parte da doutrina afirma que o tipo possui as seguintes exigências ou elementos: a) situação de perigo para o bem jurídico; b) omissão da ação devida; c) resultado típico; d) posição de garantidor (dever de agir); e) possibilidade de atuar para evitar o resultado.

Uma outra corrente afirma que o tipo objetivo exige mais elementos, referentes à **causalidade** (nexo entre omissão e resultado) e à **imputação objetiva**. Em relação à causalidade, destaca-se a corrente predominante chamada *teoria da evitabilidade*, segundo a qual "o resultado somente pode ser imputado ao omitente se a prática da conduta devida tivesse impedido o resultado com uma

probabilidade próxima da certeza" (GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 22). Em sentido oposto, existe a chamada *teoria da diminuição do risco*, a qual "contenta-se com a criação de uma chance de salvamento" (Greco, p. 23).

5.4. Colocações específicas

a) Dever específico e dever genérico

Não se deve confundir dever jurídico "específico" de agir (CP, art. 13, § 2º) com dever jurídico "genérico". Exemplificando: 'A' e 'B' observam uma criança de 6 meses de idade se afogar e, mesmo podendo agir

sem qualquer risco pessoal, não agem para evitar o resultado, ou seja, se omitem. Considere que 'A' é pai da criança e 'B' apenas um amigo. Apesar de os dois se omitirem, a responsabilidade penal será diversa em razão da diferença dos deveres de agir. 'A', que possui um dever jurídico "específico", responderá por homicídio doloso (CP, art. 121 c/c art. 13, § 2º, a), ao passo que 'B', por ser possuidor apenas de um dever jurídico "genérico", responderá por omissão de socorro (CP, art. 135).

b) Erro

Não basta o **dever** jurídico de agir para se imputar o resultado ao agente. Deve ser analisado se ele **podia** agir, verificando-se, para isso, a possibilidade real e física. É necessário, ainda, que o agente tenha *consciência da situação de fato* e *do dever de agir*. Se não possui consciência da situação de fato, incide em erro de tipo. Se não tem a possibilidade de conhecer o dever de agir, incide em erro de proibição, decorrente de erro mandamental.

Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(IBFC – 2020 – TRE-PA – Analista Judiciário) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Não cabe a incidência de erro de tipo nos crimes omissivos espúrios, em face do dever de agir para evitar o resultado, levando-se em conta a relação de normalidade ou perigo do caso concreto".

c) Tentativa

Os crimes omissivos impróprios admitem a tentativa. A execução se inicia no momento em que o agente deixa de cumprir seu dever de agir para evitar o resultado. Entretanto, se o resultado não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente, haverá tentativa.

Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(FGV – 2018 – AL-RO – Advogado) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "De acordo com a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores, é correto afirmar que os crimes classificados como omissivos impróprios não admitem tentativa".

d) Omissão imprópria e concurso com circunstâncias que aumentam a pena

Discute-se se a utilização do art. 13, § 2º, para tipificar o comportamento, seria impeditiva da incidência de eventual qualificadora ou causa de aumento referente a quem viola o mesmo dever. A posição vencedora do STJ sustenta que

a norma do art. 13 passa a ser elementar do tipo, não podendo, também, ser utilizada para elevar a pena, caso contrário haveria *bis in idem*. Nesse sentido "I - A jurisprudência desta Corte Superior é uníssona no sentido de que fere o princípio do ne bis in idem a aplicação de causa de aumento levando-se em conta circunstância que constitui elementar do tipo penal. Precedentes. II - In casu, a condição de ascendente da vítima foi considerada elementar do tipo penal, com fundamento na norma de extensão prevista no art. 13, § 2º, do Código Penal. Dessa forma, a consideração da mesma circunstância para determinar a majoração da pena como causa de aumento (art. 226, II, do CP) configura *bis in idem* "(STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1592877, j. 27/02/2018).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CONSULPLAN - 2018 - TJ-MG - Juiz de Direito) MA, preocupada com o desempenho escolar insatisfatório de sua filha AL, de 13 (treze) anos de idade, pediu ao vizinho V, de 19 (dezenove) anos de idade, universitário, para ministrar aulas particulares para AL. Ao fazer o pedido, MA mencionou para V a idade de AL e as dificuldades que ela enfrentava com a disciplina de matemática. Na data combinada, V foi à residência de AL e foi por esta recebido e conduzido até seu quarto. MA, estava na sala de TV, que fica ao lado do quarto de AL, de modo que pôde ouvir com clareza o inteiro teor da conversa travada entre V e AL. Depois de alguma conversa entre eles, AL convidou V para "ficarem". V ficou indeciso inicialmente, mas AL insistiu e afirmou que não haveria problema algum, porque sua mãe MA estava na sala entretida com a novela e não os interromperia. Depois da insistência por parte de AL, V concordou com a proposta e acabaram mantendo relação sexual. MA, que ouviu toda a conversa, achou melhor não interferir e continuou a assistir à novela. Diante dessa situação hipotética, assinale a alternativa que contém a solução jurídica correta para o caso. A) Somente V responde pelo crime de estupro de vulnerável. B) V e MA respondem pelo crime de estupro de vulnerável, em coautoria. C) V e MA respondem pelo crime de estupro de vulnerável, V na modalidade comissiva e MA na modalidade omissiva. D) V e MA respondem pelo crime de estupro de vulnerável, V na modalidade comissiva e MA na modalidade omissiva, sendo aplicada à MA a causa de aumento de pena prevista no artigo 226, II, do Código Penal (condição de ascendente).

Gabarito: C.

Em resumo, pode-se dizer acerca das teorias adotadas pelo Código Penal sobre o nexo causal:

Art. 13, CP

Art. 13, *caput*	Teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*)
Art. 13, § 1º	**1ª posição:** Teoria da equivalência dos antecedentes causais (*conditio sine qua non*) temperada; **2ª posição:** Teoria da causalidade adequada; **3ª posição:** Teoria da imputação objetiva.
Art. 13, § 2º	Teoria normativa

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MPF - 2006 - Procurador da República) "A regra da imputação acolhida pelo Código Penal: a) é exclusivamente a da equivalência dos antecedentes causais; b) é a da *conditio sine qua non* com temperamentos; c) é suficiente para determinar a atribuição do resultado ao autor; d) é incompatível com a teoria da imputação objetiva que incorpora a noção do risco". **Gabarito: B.**

(TRF4 - 2004 - Juiz Federal) Foi considerada correta a seguinte alternativa: "O art. 13 do Código Penal adotou, relativamente ao nexo causal, a doutrina da *conditio sine qua non* ou teoria da equivalência dos antecedentes causais. (...) Segundo tal doutrina ou teoria, considera-se causa toda a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido da forma como ocorreu".

5.5. Crime omissivo por comissão

Parte da doutrina aceita a possibilidade da existência de crime omissivo por comissão. Ocorre na hipótese em que o agente impede, por meio de uma ação, que terceiro cumpra seu dever jurídico de agir.

Exemplo 1: 'A' impede, por meio de uma ação, que 'B' salve seu filho 'C' (6 meses de idade) de um afogamento. Saliente-se que 'B' possui o dever jurídico específico de agir para evitar o resultado.

Exemplo 2: 'A' impede, por meio de uma ação, que 'B' salve seu amigo 'C' de um afogamento. No caso, 'B' possui o dever jurídico "genérico" de agir para evitar o resultado.

Discordamos dessa classificação de crime, pois se bem analisarmos os exemplos acima, 'B', apesar da existência do dever de agir, não praticou nenhum crime, pois **não podia** ter agido diante da ação de 'A'. Assim, 'A' será o único agente dos crimes. Nos dois exemplos, 'A', com seu comportamento anterior (ação de impedir que 'B' cumprisse seu dever de agir), aumentou o risco em que se encontrava a pessoa que estava se afogando, de sorte que passou a ter o dever de agir para evitar o resultado (morte por afogamento). Desse modo, responderá, nos dois casos, por homicídio doloso (art. 121 c/c art. 13, § 2º, c).

Ao tratar sobre a temática, Rogério Greco (ob. cit., p. 233-234), também rejeitando a classificação de crime omissivo por comissão, mas por fundamento contrário ao nosso aqui sustentado, afirma que "se o agente, com seu comportamento comissivo, impede que alguém, seja ele garantidor ou não, venha a praticar um comportamento que, no caso concreto, lhe era exigido, deverá responder pelo resultado a título de comissão, e não de omissão, pois, efetivamente, fez alguma coisa para que o resultado viesse a se produzir".

Ou seja, para o citado autor, no exemplo 1, 'A', por ter praticado uma ação dolosa de matar (impedir a ação de quem vai salvar a vítima do afogamento), responderá por homicídio doloso (art. 121 do CP). A nosso ver, 'A' também responderá por homicídio doloso, mas nos termos do art. 121 c/c 13, § 2º, c, do CP (crime omissivo impróprio), considerando que, **com seu comportamento anterior (impedir a ação devida), criou o risco da ocorrência do resultado**, e, por conseguinte, se colocou na posição de garante, obrigando-se a evitar o resultado, o qual não evitou dolosamente.

Capítulo V

Tipicidade

CRIME		
FATO TÍPICO	**ILICITUDE**	**CULPABILIDADE**
Conduta Resultado Nexo causal **Tipicidade** • Tipicidade objetiva (tipicidade formal + tipicidade material) • Tipicidade subjetiva	Fato contrário ao ordenamento jurídico	1. Imputabilidade 2. Potencial consciência da ilicitude 3. Exigibilidade de conduta diversa

1. TIPICIDADE FORMAL (LEGAL)

Segundo nossa posição, a tipicidade penal é compreendida pela tipicidade objetiva e pela tipicidade subjetiva. Na tipicidade objetiva verifica-se a tipicidade formal (conformidade do fato ao tipo penal) e a tipicidade material (desvalor da conduta e do resultado). A tipicidade subjetiva é a realização do tipo subjetivo, consistente no dolo e, quando o tipo exigir, no elemento subjetivo especial (dolo específico).

1.1. Conceito

A ***tipicidade formal*** é a conformidade entre o fato praticado e o **tipo penal**. Em outras palavras, é a adequação do fato ao tipo penal.

Exemplo: Maria matou José. Esse fato amolda-se ao art. 121 do CP.

1.2. Principais fases da tipicidade

a) **Independência (Beling):** não há ligação do fato típico com a ilicitude e com a culpabilidade. O tipo descreve apenas o acontecimento objetivo, sem qualquer valoração.

b) **Caráter indiciário ("ratio cognoscendi") da ilicitude (Mayer):** ocorrendo o fato típico há um indício de ilicitude, que poderá ser afastada se ocorrer alguma de suas excludentes (legítima defesa, estado de necessidade etc.). É a concepção adotada pelo nosso Código Penal.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2010 - TRT1 - Juiz do Trabalho) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A diretriz dominante do Código Penal alinha-se à chamada fase do caráter indiciário da ilicitude, segundo a qual a prática de ato formalmente típico pressupõe indício de ilicitude. Assim, o juiz, inicialmente, verifica se o fato humano (doloso ou culposo) enquadra-se em algum modelo incriminador; em caso afirmativo, esse fato provavelmente será ilícito. Em seguida, passa ao exame dos tipos permissivos, que são as causas de exclusão da ilicitude, que, se presentes, afastam a ideia (indício) inicial de ilicitude, e o fato não deve ser considerado criminoso".

c) **Essência ("ratio essendi") da ilicitude (Mezger):** todas as condutas típicas são ilícitas. Tipicidade e ilicitude não são institutos distintos. A tipicidade integra (essência) a ilicitude, de sorte que a tipicidade não possui autonomia.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBFC - 2018 - TRF2 - Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Segundo a teoria da *ratio essendi*, a prática de uma conduta típica indicia sempre a sua própria ilicitude, de modo que se resultar provado que o agente agiu em legítima defesa, teremos o caso de uma conduta típica, mas com a exclusão de sua antijuridicidade".

d) **Teoria dos elementos negativos do tipo (ilicitude sem autonomia):** partindo da mesma premissa da teoria da "ratio essendi", todas as condutas típicas são ilícitas. No entanto, para essa teoria, as causas de exclusão da ilicitude integram a tipicidade. Assim, para um fato ser típico, não deve estar presente nenhuma causa de exclusão da ilicitude. Ex.: se o agente mata alguém em legítima defesa não haveria sequer a tipicidade.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2009 - DPE-AL - Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Segundo a teoria dos elementos negativos do tipo, as causas de exclusão de culpabilidade devem ser agregadas ao tipo como requisitos negativos deste, resultando no conceito denominado pela doutrina de tipo total de injusto".

(MPF - 20º Concurso - Procurador da República) "Para os que concebem a teoria dos elementos negativos do tipo: a) o ponto de partida a tal teoria está na relação tipicidade-culpabilidade. b) posicionam-se em compatível com o tipo avalorado. c) posicionam-se em concepção compatível com o tipo indiciário. d) posicionam-se em concepção compatível com o tipo como *ratio essendi* da antijuricidade". **Gabarito: D.**

1.3. Tipo penal

O tipo penal descreve uma conduta (ação ou omissão) proibida. O tipo penal pode ser simples ou misto.

- **Tipo simples:** descreve apenas um verbo nuclear, como "matar" alguém no homicídio (art. 121 do CP).

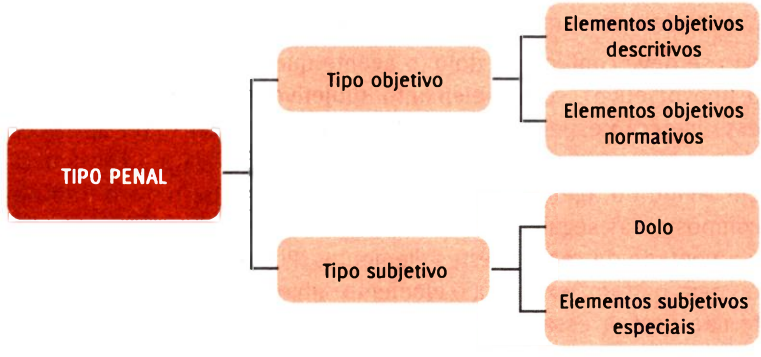
- **Tipo misto:** descreve dois ou mais comportamentos. O tipo misto divide-se em:

a) *Alternativo:* a prática de dois ou mais verbos no mesmo contexto fático caracteriza um só crime. Exemplo: se o agente, no mesmo contexto fático, transportar, guardar, preparar e vender a droga, haverá um só delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06);

b) *Cumulativo:* o tipo possui mais de um comportamento autônomo, de forma que, se o agente praticar mais de um dos comportamentos, caracterizará mais de um crime. Exemplo: se o agente, no mesmo contexto fático, escarnecer de alguém publicamente por motivo de crença religiosa, perturbar a prática de culto religioso e ainda vilipendiar publicamente objeto de culto religioso, terá praticado três crimes (art. 208 do CP).

1.3.1. *Elementos do tipo penal incriminador*

O tipo penal possui *elementos objetivos* (aspectos materiais e normativos) e *subjetivos* (dados relacionados à consciência e vontade do agente).



a) Elementos objetivos (tipo objetivo):

- ***Objetivos descritivos (objetivos propriamente ditos):*** descrevem os aspectos materiais da conduta, como objetos, animais, coisas, tempo, lugar, forma de execução. São atos perceptíveis pelos sentidos e não exigem nenhum juízo de valor para compreensão de seu significado.
- ***Objetivos normativos:*** são descobertos por intermédio de um juízo de valor. Expressam-se em termos *jurídicos* (ex.: funcionário público, documento, cheque, duplicata), *extrajurídicos* ou em *expressões culturais* (ex.: decoro, pudor, ato obsceno).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2006 – PGE-RR – Procurador do Estado) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Em matéria de tipicidade, (...) o uso de expressões 'indevidamente', 'sem justa causa', representa a presença, no tipo, de um elemento normativo".

Os elementos objetivos descritivos (ou objetivos propriamente ditos) e os elementos objetivos normativos (ou normativos) integram o tipo objetivo. Quando

o agente concretiza estes elementos objetivos ocorre a tipicidade formal. Para a existência da tipicidade penal ainda se necessita da tipicidade material e da tipicidade subjetiva.

b) Elementos subjetivos (tipo subjetivo):

- ***Elemento subjetivo geral (dolo):*** ocorre quando o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo (veremos em capítulo próprio). No dolo, o agente quer ou assume o risco de realizar o tipo objetivo.
- ***Elementos subjetivos especiais*** *(elemento subjetivo do injusto)*: são dados que se referem ao estado anímico do autor (intenção específica distinta do dolo, também conhecida como **dolo específico**). O tipo contém como elemento uma finalidade específica do agente. Esses elementos indicam o especial fim ou motivo de agir do agente. *Exemplos:* para si ou para outrem; com o fim de obter; em proveito próprio ou alheio; por motivo de; para fim libidinoso etc.

Observações:

- Nem todo tipo penal doloso possui elemento subjetivo especial.
- Não se deve confundir o dolo (o agente quer ou assume o risco de realizar o tipo objetivo), com o **elemento subjetivo especial do tipo**. Neste caso, essa intenção específica não está voltada à realização do tipo objetivo em si, mas sim a um resultado não exigido pelo tipo para a consumação, ou a um ânimo do agente. Exemplificando: no crime de furto o tipo objetivo é composto das seguintes elementares: "subtrair coisa alheia móvel". O dolo é a vontade de realizar estes elementos. Por sua vez, a elementar "para si ou para outrem" expressa o elemento subjetivo especial do tipo. Se o agente não possuir essa intenção específica no caso concreto (dolo específico) fica afastada a tipicidade subjetiva, ainda que no caso haja o dolo.
- O elemento subjetivo especial pode constar expressamente no tipo (exemplos acima) ou implicitamente (ex.: intenção de ofender a honra nos delitos dos artigos 138 a 140 do CP).
- A Lei 13.869/19 define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído. No art. 1º, § 1º, consta um elemento subjetivo especial em relação aos tipos penais: "As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a **finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal**".

Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(FUNDATEC – 2018 – PC-RS – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "É pacífico, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, o entendimento de que a configuração do crime de dispensa ilegal de licitação, artigo 89 da Lei nº 8.666/1993, não requer a comprovação de dolo específico do agente, consubstanciado no fim específico de causar dano ao erário".

A **tipicidade subjetiva** é composta pelo dolo e pelo elemento subjetivo especial. Ressalte-se que a tipicidade penal requer a tipicidade formal e a tipicidade subjetiva, bem como a tipicidade material (item 2 abaixo).

1.3.2. *Funções do tipo*

O tipo penal, por sua vez, possui certas funções: **a) função indiciária:** com a prática de um fato típico presume-se a antijuridicidade, que poderá ser excluída diante de uma das justificativas; **b) função de garantia:** o sujeito só poderá ser punido pela prática de fato incriminado pela lei penal; **c) função diferenciadora do erro:** como o dolo do agente deve abranger todos os elementos do tipo objetivo, somente poderá ser punido pela prática de um fato doloso quando conhecer os elementos que o constituem. O desconhecimento de um ou outro elemento do tipo objetivo afasta o dolo, constituindo-se em erro de tipo.

1.4. Formas de adequação típica

a) **Adequação típica por subordinação imediata ou direta:** o fato se amolda ao tipo penal de forma imediata, independente de outra norma. Trata-se da **tipicidade direta**.

Exemplo: 'A' desfecha um tiro em 'B', que vem a falecer em virtude dos ferimentos. O fato (conduta, resultado, nexo causal) se amolda diretamente ao art. 121 do CP (matar alguém).

b) **Adequação típica por subordinação mediata ou indireta:** o fato não se amolda ao tipo penal de forma imediata, sendo necessária a aplicação de outra norma, chamada de **norma de extensão**. A figura típica se estende para abranger este fato. Tem-se a ampliação temporal, como no caso de tentativa (art. 14, II), e a ampliação espacial e pessoal do tipo, na hipótese de participação (concurso de pessoas – art. 29). Trata-se da **tipicidade indireta**.

Exemplo: 'A' desfecha um tiro em 'B', que não vem a falecer em virtude de circunstâncias alheias à vontade do agente. O fato (conduta, resultado, nexo causal) não se amolda diretamente ao art. 121 do CP (matar alguém), pois não houve a morte, mesmo sendo esta a intenção de 'A'. Para haver a devida adequação típica é necessária a aplicação do art. 14, II, do CP.

Pode ainda ser citada como norma de extensão a norma do art. 13, § 2º, do CP (omissão relevante).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR – 2019 – Promotor de Justiça) A frase "O tipo de ação se constitui por meio da combinação entre uma norma incriminadora da parte especial e uma norma não incriminadora da parte geral do Código Penal", corresponde ao conceito de: a) Tipo penal aberto. b) Norma penal em branco. c) Tipicidade direta. d) Tipicidade indireta. e) Tipo penal de complementação heteróloga. **Gabarito: D.**

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Os crimes omissivos próprios são os cujo tipo descreve a conduta omissiva de forma direta, e por isso não é necessária a incidência do art. 13, § 2º, do CP".

2. TIPICIDADE MATERIAL

Atualmente, segundo predomina na doutrina penal e na jurisprudência do STF e STJ, para que ocorra o *fato típico* (tipicidade penal) não basta a adequação típica legal (**aspecto formal/legal** da tipicidade), nem a tipicidade subjetiva, devendo ainda ser analisada a tipicidade em seu **aspecto material**, consistente na *valoração da conduta e do resultado*. Ou seja: TIPICIDADE PENAL = tipicidade objetiva (tipicidade formal + tipicidade material) + tipicidade subjetiva.

Exemplo: 'A', com intenção de matar, desfere uma facada no coração de 'B', resultando em ferimentos que o levaram à morte. Esse fato (matar alguém) se amolda ao art. 121 do CP (tipicidade formal); a conduta criou um risco proibido e se materializou em lesão ao bem jurídico vida (tipicidade material), bem como o agente agiu com dolo (tipicidade subjetiva).

Sobre o tema, Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina (*Direito Penal. Parte Geral. Vol. 2*, p. 163), com base em sua teoria constitucionalista do delito, sustentam uma estrutura da tipicidade penal, afirmando suas três dimensões: 1ª) formal; 2ª) material (juízo de valoração da conduta e do resultado); 3ª) subjetiva (nos crimes dolosos).

Para os autores, a tipicidade material compõe dois juízos valorativos: a) juízo de valoração (desaprovação) da conduta, consistente na verificação se o agente criou ou aumentou um risco proibido relevante; b) juízo de valoração (desaprovação) do resultado jurídico (ofensa desvaliosa ao bem jurídico).

O STJ adota compreensão análoga ao nosso entendimento acerca da tipicidade penal:

> "(...) Para a caracterização do fato típico - conduta considerada lesiva a determinado bem jurídico que deve ser tutelado - devem ser levados em consideração **três aspectos: o formal, o subjetivo e normativo ou material**. A tipicidade formal consiste na perfeita subsunção da conduta do agente ao tipo previsto abstratamente pela lei penal. O aspecto subjetivo refere-se ao estado psíquico do agente. Por sua vez, a tipicidade material refere-se à realização de atividade valorativa, implicando um juízo de valor para se aferir se determinada conduta possui relevância penal" (STJ, 5ª T., HC 192242, j. 22/03/2011). No mesmo sentido: "A conduta do embargante atendeu tanto à **tipicidade formal** - pois constatada a subsunção do fato à norma incriminadora - quanto à **subjetiva**, visto que inegável o dolo do agente ao solicitar a importação clandestina das sementes de maconha, consequentemente há como reconhecer presente a **tipicidade material**, na medida em que o comportamento atribuído se mostrou suficiente para caracterizar o tráfico, nos termos do art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006" (STJ, 6ª T., EDcl no AgRg no REsp 1442224, j. 13/09/2016).
>
> Assim, para que um fato seja materialmente típico, a conduta deve possuir certo grau de desvalor e o bem jurídico tutelado deve sofrer um dano ou ter sido exposto a um perigo de dano, impregnado de significativa lesividade. Segundo o STF, "O Direito Penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em

lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social" (HC 84.412).

Exemplo (ausência de tipicidade material): João subtraiu, para si, um lápis de Maria. Esse fato se amolda ao art. 155, *caput*, do CP, de modo que ocorre a **tipicidade formal**. No entanto, esse fato não produziu lesão significante ao bem jurídico protegido pela norma, qual seja, o *patrimônio*, de sorte que não haverá a **tipicidade material** e, por consequência, a **tipicidade penal**. Assim, o fato praticado é considerado materialmente atípico.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz de Direito) Em relação à tipicidade penal, foi considerado *incorreto* afirmar que "é excluída pelos chamados princípios da insignificância e adequação social, ausentes tipicidade formal e material, respectivamente".

(VUNESP – 2018 – PC-BA – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A tipicidade, elemento do crime, na concepção material, esgota-se na subsunção da conduta ao tipo penal."

(TJ-MG – 2009 – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A tipicidade material surgiu para limitar a larga abrangência formal dos tipos penais, impondo que, além da adequação formal, a conduta do agente gere também relevante lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado".

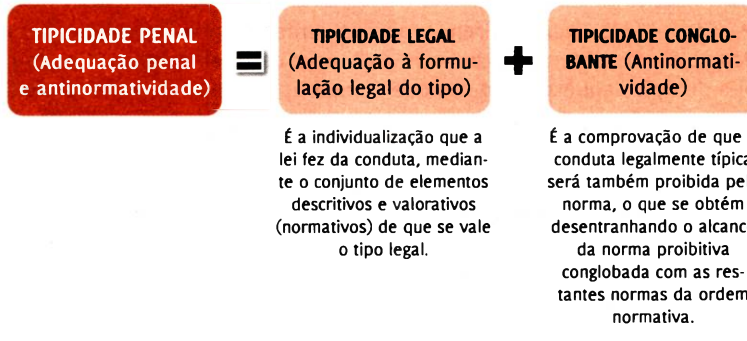
(PC-RJ – 2009 – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O princípio da insignificância revela uma hipótese de atipicidade material da conduta".

3. TIPICIDADE CONGLOBANTE

3.1. Concepção original de tipicidade conglobante

De acordo com Zaffaroni (em sua primeira concepção de tipicidade conglobante), a *tipicidade penal* deriva da *tipicidade legal* somada a *tipicidade conglobante* (tipicidade penal = tipicidade legal + tipicidade conglobante).

O autor define a tipicidade da seguinte forma:



Para haver **tipicidade penal** é preciso que a conduta seja legalmente típica (tipicidade legal) e, ainda, que se verifiquem a antinormatividade e a ofensa ao bem jurídico (tipicidade conglobante). A antinormatividade consiste na contrariedade da conduta humana com o *ordenamento normativo*, sendo este constituído pelas normas que ordenam e as que fomentam as condutas.

Conforme os referidos autores, "o juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim **conglobada na ordem normativa**. A *tipicidade conglobante* é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.459).

Desse modo, para se falar em tipicidade penal não basta a mera adequação do fato ao tipo (tipicidade legal), sendo indispensável a análise do **ordenamento normativo** para a comprovação da inexistência de *norma que ordene* ou *norma que fomente* determinada conduta. Existindo alguma destas normas, mesmo havendo a tipicidade legal, não haverá antinormatividade e, por conseguinte, a tipicidade penal, pois a norma de proibição ou mandamental não alcança fato praticado em cumprimento de uma norma que o ordena ou uma norma que o fomenta, de sorte que o fato será atípico.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FAURGS – 2016 – TJ-RS – Juiz de Direito) Sobre tipicidade, considere as afirmações abaixo. I – Tipicidade conglobante (antinormatividade) é a comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pela norma, o que se obtém desentranhando o alcance dessa norma proibitiva conglobada com as demais disposições do ordenamento jurídico. II – Tipicidade legal é a individualização que a lei faz da conduta, mediante o conjunto dos elementos descritivos e valorativos (normativos) de que se vale o tipo legal. III – Tipicidade, para a teoria indiciária, é uma presunção *iuris et iuris* da normatividade da licitude. Quais estão corretas? a) Apenas I. b) Apenas II. c) Apenas III. d) Apenas I e II. e) I, II e III". **Gabarito: D.**

(VUNESP – 2015 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas".

(CESPE – 2009 – DPE-AL – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Segundo a teoria da tipicidade conglobante, o ordenamento jurídico deve ser considerado como um bloco monolítico, de forma que, quando algum ramo do direito permitir a prática de uma conduta formalmente típica, o fato será considerado atípico".

Assim, quando ocorrer lesão ao bem jurídico de terceiro decorrente de fato praticado pelo agente ao cumprir norma que ordena a conduta (ex.: estrito cumprimento de dever legal), não haverá tipicidade conglobante. Da mesma forma, quando existir norma que fomenta a conduta (ex.: intervenção cirúrgica com

finalidade terapêutica). Nestes casos, não haverá exclusão da ilicitude (antijuridicidade), mas sim da tipicidade penal. Exemplos:

- Ocorrerá a tipicidade legal (CP, art. 155) na hipótese do oficial de justiça que, ao cumprir o mandado judicial, subtrai para outrem determinada coisa alheia móvel. No entanto, como existe uma *norma que ordena* essa conduta, não haverá antinormatividade e, assim, a tipicidade penal, apesar de haver a tipicidade legal. A *norma proibitiva* "não furtarás", no exemplo dado, não alcança a conduta do oficial de justiça em virtude da norma que a ordena. No caso, não haverá *antinormatividade*.
- Ocorrerá a tipicidade legal (CP, art. 129) na hipótese de o médico realizar uma intervenção cirúrgica terapêutica. No entanto, como existe uma *norma que fomenta* essa conduta, não haverá antinormatividade e, por consequência, a tipicidade penal, apesar de haver tipicidade legal.

Obs.: De acordo com o nosso Código Penal (art. 23), nos dois exemplos acima o fato seria típico, porém incidiria uma causa de exclusão da ilicitude (estrito cumprimento de dever legal no exemplo 1 e exercício regular de direito no exemplo 2).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2004 – DPU – Defensor Público da União) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Pela teoria da tipicidade conglobante, a realização de cirurgia curativa não pode ser considerada fato típico, uma vez que a conduta é fomentada pelo ordenamento jurídico. Há, portanto, exclusão da própria tipicidade, sendo afastada a aplicação da excludente de ilicitude representada pelo exercício regular de direito".

Com efeito, o **estrito cumprimento de dever legal** e **alguns casos de exercício regular de direito** funcionam como causas de exclusão da tipicidade penal e não da ilicitude (antijuridicidade). A legítima defesa e o estado de necessidade permanecem com excludentes da ilicitude, tendo em vista que essas normas facultam a conduta lesiva, ao contrário das normas que ordenam ou fomentam a conduta.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2010 – TRT1 – Juiz do Trabalho) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Segundo a teoria da tipicidade conglobante, o exercício regular do direito, o estrito cumprimento do dever legal, a legítima defesa e o estado de necessidade deixam de ser excludentes de ilicitude e passam a ser excludentes de tipicidade, pois, se o fato é direito ou dever legal, legitimamente protegido pela norma, não pode estar descrito também, paradoxalmente, como infração penal".

O STJ já se socorreu do conceito de tipicidade conglobante para afastar a tipicidade em casos de estrito cumprimento de dever legal e de exercício regular de direito:

- "1. Queixa-crime oferecida por Juíza contra Desembargador que, durante processo de promoção por merecimento de magistrado, proferiu voto com expressões tidas por difamatórias pela querelante. 2. O querelado,

em sessão pública, proferiu seu voto, consoante previsto na Resolução nº 106/2010 do CNJ, não se extraindo da sua manifestação conduta que se amolde na figura típica do art. 139 do Código Penal. Ausência de *animus diffamandi*. 3. O querelado agiu no **estrito cumprimento do dever legal** de fundamentação do voto, restando afastada a **tipicidade conglobante** do crime de difamação, nos termos do art. 142, III, do Código Penal e do art. 41 da LC nº 35/79 (LOMAN). 4. Queixa-crime rejeitada" (Corte Especial, APn 683, j. 21/11/2012).

- "(...) 3. 'A **tipicidade conglobante** surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material). Na lição de Zaffaroni e Pierangeli, não é possível que no ordenamento jurídico, que se entende como perfeito, uma norma proíba aquilo que outra imponha ou fomente. [...]. Portanto, a antinomia existente deverá ser solucionada pelo próprio ordenamento jurídico' (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. 20. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2018, p. 261/262). 4. Diante do mandamento estatal referente à notificação a respeito de irregularidades no setor público, verifica-se que a conduta do recorrente se encontra acobertada pelo exercício regular de um direito, nos termos do art. 23, III, do CP. Ademais, considerando a doutrina acima citada, tem-se que o **exercício regular de um direito deve ser considerado como verdadeira causa excludente da tipicidade**, pois não pode ser considerada típica conduta incentivada pelo próprio Estado (...)" (5ª T., EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1421747, j. 10/03/2020).

Deve-se, ainda, no campo da tipicidade conglobante, analisar se houve **lesão relevante ao bem jurídico tutelado**. Se o resultado afetar o bem jurídico de forma **insignificante**, afasta-se a tipicidade conglobante e, por conseguinte, a tipicidade penal, tornando o fato atípico.

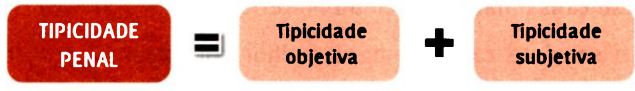
O STF utiliza a conceito de tipicidade conglobante para interpretar e aplicar os tipos penais: "(...) a aferição da insignificância como requisito negativo da tipicidade envolve um juízo de **tipicidade conglobante**, muito mais abrangente que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em seu sentido amplo, de modo a impedir que, a pretexto da insignificância apenas do resultado material, acabe desvirtuado o objetivo a que visou o legislador quando formulou a tipificação legal. Assim, há de se considerar que 'a insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa' (Zaffaroni), levando em conta também que o próprio legislador já considerou hipóteses de irrelevância penal, por ele erigidas, não para excluir a tipicidade, mas para mitigar a pena ou a persecução penal" (STF, RHC 126980, 2ª T., j. 03/11/2015). Idem: STF, 2ª T., HC 133226 AgR, j. 29/03/2016.

O STJ já se manifestou nesse sentido: "A aferição da insignificância é **requisito negativo da tipicidade conglobante**, pois ultrapassa o juízo subsuntivo típico

formal e adentra na seara da análise do desvalor da conduta e do resultado em sentido amplo" (STJ, RHC 46.435/RR, 5ª T., j. 13/10/2015).

3.2. Nova concepção de tipicidade penal

O conceito acima explicado de tipicidade conglobante sofreu ajustes (ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal - Parte General*, 2002, p. 455 e ss.). Conforme esta nova concepção, a tipicidade penal dos crimes dolosos possui os aspectos objetivo e subjetivo:



A **tipicidade objetiva** é composta pela ***função sistemática*** **(tipicidade sistemática)** e pela ***função conglobante*** **(tipicidade conglobante)**.

A **tipicidade sistemática** se refere à análise da adequação do fato (conduta, resultado e nexo causal) a um tipo penal. A **tipicidade conglobante** é formada pela ***lesividade do bem jurídico*** (significância da lesão e antinormatividade) e pela ***imputação objetiva***. Ou seja:

TIPICIDADE PENAL	
1. Tipicidade objetiva	**2. Tipicidade subjetiva**
1.1. Tipicidade sistemática 1.2. Tipicidade conglobante 1.2.1. Lesividade • Significância • Antinormatividade 1.2.2. Imputação objetiva	2.1. Dolo 2.2. Elemento subjetivo especial

4. TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

4.1. Considerações iniciais

Para as teorias causais da ação, o tipo penal é formado apenas pelo TIPO OBJETIVO (elementos objetivos do tipo), sendo que os aspectos subjetivos do delito se encontram na culpabilidade. Nessa concepção, o tipo penal se realiza com a mera constatação do nexo de causalidade físico, segundo a teoria da equivalência dos antecedentes causais. Em suma: TIPO PENAL = TIPO OBJETIVO (conduta, resultado e nexo causal naturalístico). Com efeito, para fins de **tipicidade**, basta a realização dos elementos objetivos.

Welzel, em sua concepção finalista da ação, teve o mérito de levar para o tipo penal o aspecto subjetivo do crime, de forma que o tipo passa a ser integrado por elementos objetivos e subjetivos. Em resumo: TIPO PENAL = TIPO OBJETIVO (conduta, resultado e nexo causal naturalístico) + TIPO SUBJETIVO (dolo ou culpa). Mesmo assim, o tipo objetivo se realiza com a simples relação de causalidade, conforme a teoria da equivalência dos antecedentes causais. O limite ao tipo penal estaria no aspecto subjetivo (TIPO SUBJETIVO). Em suma, para fins de

tipicidade é necessária a aferição da realização do tipo objetivo (elementos objetivos descritivos e objetivos normativos) e do tipo subjetivo.

Por sua vez, a teoria da imputação objetiva trabalha com um conjunto de critérios orientadores que visam a delimitar e complementar o nexo de causalidade físico (*causação material*). Isto quer dizer que, mesmo havendo **conduta, resultado naturalístico** e **nexo causal físico**, é necessária a análise de outros elementos para se afirmar a ocorrência da tipicidade (realização do TIPO OBJETIVO). Trata-se de critérios de ***imputação* (nexo causal normativo) e não de *causação* (nexo causal naturalístico ou material).**

Vejamos o seguinte exemplo para melhor compreensão: 'A', pretendendo matar 'B', presenteia-o com um pacote turístico a uma localidade com alto índice de violência, inclusive de homicídio, esperando que 'B' seja uma das vítimas. 'B' viaja e por azar vem a realmente ser vítima de um homicídio. Pela teoria da equivalência dos antecedentes causais, 'A' deu causa ao resultado, pois se não fosse seu presente (pacote turístico) 'B' não teria viajado e morrido.

Sob a ótica da **teoria causal da ação (TIPO PENAL = TIPO OBJETIVO)**, pode-se afirmar que o TIPO OBJETIVO se realizou, tendo em vista a prática do fato (conduta, resultado e nexo causal naturalístico), e, com isso, o fato é típico. Não se perquire se houve dolo ou culpa na análise do fato típico, pois esses elementos subjetivos integram a culpabilidade e não o tipo penal.

Se analisarmos o fato acima seguindo os postulados da **teoria finalista da ação (TIPO PENAL = TIPO OBJETIVO + TIPO SUBJETIVO)**, também concluiremos que o TIPO OBJETIVO se realizou (conduta, resultado e nexo causal naturalístico), ou seja, verifica-se a tipicidade objetiva.

Entretanto, se analisarmos o fato segundo os critérios da **teoria da imputação objetiva**, pode-se dizer que 'A' causou o resultado (causação/nexo causal naturalístico), conforme teoria da equivalência dos antecedentes causais. Porém, a conduta de doar um pacote turístico não basta para a realização do TIPO OBJETIVO, pois é imprescindível a análise de outros elementos **(se a conduta cria ou incrementa um risco não permitido para o objeto da ação; se o risco se realiza no resultado concreto; se o resultado se encontra dentro do alcance do tipo).** Ou seja: TIPO OBJETIVO = conduta, resultado e nexo causal naturalístico + **critérios de imputação objetiva**. Desse modo, no exemplo acima, 'A' não realiza o TIPO OBJETIVO ante a ausência de criação de um risco não permitido, e, por conseguinte, o fato (conduta, nexo causal e resultado naturalístico) é atípico. Ou seja, não restou configurada a tipicidade objetiva.

Deflui-se, assim, que tal teoria, mediante os seus postulados, possui como uma das suas finalidades primordiais a restrição da incidência do nexo causal naturalístico, ou seja, afastar a imputação da conduta e/ou do resultado em certos casos.

Nos moldes da concepção de Roxin (*Derecho Penal. Parte general. Tomo I.* Madrid: Civitas, 1997, p. 362 e ss.) sobre a teoria da imputação objetiva, um

resultado causado pelo agente só lhe pode ser imputado quando: **1) a conduta cria ou incrementa um risco não permitido para o objeto da ação; 2) o risco se realiza no resultado concreto; 3) o resultado se encontra dentro do alcance do tipo.**

Esses critérios são considerados *elementos normativos do tipo* (implícitos), de sorte que, na ausência de um deles, não haverá tipicidade (o tipo objetivo não estará configurado). Tais critérios são exigidos tanto em crimes dolosos quanto em crimes culposos.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso:**

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Nos delitos imprudentes (ou culposos), a aferição da concreção do risco na implementação do evento típico (ou resultado) é um dos critérios da 'teoria da imputação objetiva'".

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A teoria da imputação objetiva do resultado estabelece os seguintes requisitos: a criação de um risco jurídico-penal relevante não coberto pelo risco permitido, a realização desse risco no resultado e a independência do resultado produzido entre o âmbito de proteção da norma penal".

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A chamada "teoria da imputação objetiva" reúne um conjunto de critérios pelos quais se restringe o âmbito da relevância penal dos fatos abrangidos pela relação de causalidade, e que seriam imputáveis ao sujeito caso não fossem empregados esses critérios".

(MP-RS – 2017 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Para a teoria da imputação objetiva, o ato de imputar significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco relevante e juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico. Pressupõe um perigo criado pelo agente e não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo. O risco permitido conduz à atipicidade, e o risco proibido, quando relevante, à tipicidade. A imputação objetiva constitui elemento normativo implícito do tipo penal".

Levando em consideração os critérios de imputação objetiva, a tipicidade pode ser compreendida da seguinte forma:

TIPICIDADE PENAL	
1. Tipicidade objetiva	**2. Tipicidade subjetiva**
1.1. Tipicidade formal: adequação do fato ao tipo penal 1.2. Tipicidade material 1.2.1 Lesividade 1.2.2 Imputação objetiva a) Criação ou incremento de um risco não permitido para o objeto da ação; b) Realização do risco no resultado concreto; c) Resultado dentro do alcance do tipo.	2.1. Dolo 2.2. Elemento subjetivo especial

O STJ possui julgados utilizando os postulados da teoria da imputação objetiva. Exemplos:

- "É certo que o dolo opera diretamente no tipo penal, que na hodierna estrutura funcionalista da teoria do crime, leva em consideração, também, os aspectos formais (conduta, resultado jurídico, nexo de causalidade e subsunção legal) e os materiais (**imputação objetiva**, desvalor da conduta e desvalor do resultado)" (5ª T., AgRg no REsp 1243193, j. 22/05/2012);
- "(...) 6. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta do acusado e a morte do mergulhador, à luz da **teoria da imputação objetiva**, seria necessária a demonstração da criação pelo paciente de uma situação de risco não permitido, não ocorrente, na hipótese. 7. Com efeito, não há como asseverar, de forma efetiva, que engenheiro tenha contribuído de alguma forma para aumentar o risco já existente (permitido) ou estabelecido situação que ultrapasse os limites para os quais tal risco seria juridicamente tolerado. 8. *Habeas corpus* concedido para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta" (6ª T., HC 68.871, j. 06/08/2009).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP - 2015 - TJ-MS - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A teoria da imputação objetiva consiste em destacar o resultado naturalístico como objeto do bem jurídico penalmente tutelado".

Outra concepção acerca da imputação objetiva é de Günther Jakobs (*A Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2000, p. 24-30), que se baseia: **1) no risco permitido; 2) no princípio da confiança; 3) na proibição de regresso; 4) na capacidade da vítima.**

4.2. Postulados segundo Roxin

4.2.1. Criação do risco juridicamente relevante não permitido

4.2.1.1. Noção

Somente haverá imputação objetiva se a conduta do agente criar ou incrementar um **perigo juridicamente relevante e proibido**, ou seja, não coberto por um risco permitido. Na ausência do risco proibido não haverá imputação objetiva, ainda que a conduta tenha, nos moldes da teoria da equivalência dos antecedentes causais, provocado o resultado.

Pelo critério da **prognose póstuma objetiva**, somente haverá risco quando a ação gera a possibilidade de dano, aferida pelo juízo do homem prudente colocado no momento da sua prática, ou seja, *ex ante*, e levando em consideração o conhecimento especial que o autor da ação possuía. A doutrina cita o exemplo do sobrinho que envia o tio numa viagem de avião com a intenção que ocorra um desastre aéreo. Essa conduta não cria uma possibilidade de dano. Diferente seria se o sobrinho tivesse um conhecimento especial de que haveria um terrorista no avião.

Exemplo: o sobrinho induz o tio a ir a um bosque em meio a uma tempestade, com a esperança de que sobre ele caia um raio e o mate, o que de fato ocorre. Para Roxin, o fato de enviar alguém ao bosque não cria um perigo juridicamente relevante de matar (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. T. I. Madrid: Civitas, 1997, p. 363).

4.2.1.2. Exclusão da imputação

a) Ausência da criação do perigo juridicamente relevante

Determinadas condutas são juridicamente irrelevantes, tais como passear em uma grande cidade e subir escadas. Mesmo que em situações excepcionais estas condutas lesem bens jurídicos, o Direito Penal não leva em conta os mínimos riscos socialmente tolerados (p. 363).

b) Risco permitido

Ainda que a conduta crie um *risco juridicamente relevante*, nos casos de risco permitido não haverá imputação objetiva. Saliente-se que ocorre a criação do risco, mas se trata de um *risco permitido*. Não é pacífico na doutrina o conceito de risco permitido.

Para Roxin (p. 372) entende-se por **risco permitido** uma conduta que cria um risco juridicamente relevante, mas que de modo geral – independentemente do caso concreto – está permitida e, por isso, se distingue das causas de exclusão de ilicitude, as quais dependem de ponderação de interesses considerando a situação concreta. O doutrinador cita o exemplo da ***condução de veículo automotor com observação das regras de trânsito.*** A permissão é baseada em uma ponderação global (bem comum), ainda que no caso concreto não persiga o condutor interesses superiores. Não se discute o risco criado por esta conduta (condução de veículo), passível de acidentes com mortes e danos materiais a terceiros. Mesmo assim, em razão do bem comum, é permitida. Caso o condutor, seguindo as regras de trânsito, provoque algum resultado lesivo a terceiro, não haverá imputação objetiva, isto é, não se realiza o tipo objetivo, mesmo havendo o nexo causal. Ainda segundo o autor, entram no âmbito do risco permitido os transportes aéreo, marítimo e ferroviário, o funcionamento de instalações industriais, a prática de esportes perigosos e as intervenções médicas terapêuticas.

Assinala Roxin que não haverá imputação objetiva na hipótese de provocação de cursos causais no campo do risco permitido. Ex.: 'A' induz 'B' a realizar esportes perigosos ou a realizar uma viagem de avião com a esperança que venha a ocorrer a morte (p. 373).

c) Diminuição do risco

Não haverá imputação quando o agente, embora tenha causado um resultado lesivo, diminuiu o risco de outro resultado mais grave. O autor **modifica o curso causal** a ponto de diminuir o perigo já existente para a vítima, de sorte que melhora a situação do bem jurídico.

Exemplo: 'A', percebendo que 'B' irá atingir 'C' na cabeça com um disparo de arma de fogo, golpeia o braço de 'B', a fim de desviar o disparo, fazendo com que o projétil atinja o braço de 'C'. No caso, apesar de a conduta de 'A' ter dado causa ao resultado – segundo a teoria da equivalência das condições –, este não poderá ser imputado a 'A', uma vez que seu comportamento não criou ou incrementou o risco, mas sim o diminuiu.

As hipóteses de diminuição do risco, pela teoria tradicional, são aceitas como ações típicas, mesmo tendo melhorado a situação do bem jurídico. Porém, podem ser resolvidas no campo da ilicitude (estado de necessidade). Assim, seria um fato típico, porém lícito (justificado).

Frisa Roxin (p. 366) que a **diminuição do risco não deve ser confundida com a substituição de um risco existente por outro**. Neste caso, o agente causa um resultado menos danoso à vítima se considerado com a situação de risco anteriormente exposta. Ex.: o bombeiro lança a criança pela janela causando lesões corporais, mas, por outro lado, evita a morte pelo fogo. Aqui, o agente realiza ação típica de um crime, ou seja, ocorre a imputação objetiva (realiza-se o tipo). No entanto, pode a ação restar justificada pelo estado de necessidade ou pelo consentimento presumido do ofendido. O próprio autor salienta que o caso concreto pode apresentar-se de difícil delimitação entre uma ou outra hipótese (diminuição do risco ou substituição do risco).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2016 – PC-PE – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Segundo a teoria da imputação objetiva, cuja finalidade é limitar a responsabilidade penal, o resultado não pode ser atribuído à conduta do agente quando o seu agir decorre da prática de um risco permitido ou de uma conduta que diminua o risco proibido".

(CESPE – 2007 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "À luz da teoria da imputação objetiva (...) Fábio, vendo um carro em alta velocidade vindo em direção a Carlos, empurrou este, para evitar o atropelamento. Em virtude da queda sofrida em decorrência do empurrão, Carlos sofreu lesões corporais, ficando com a perna quebrada. Nessa situação, a conduta de Fábio é atípica, pois destinada a reduzir a probabilidade de uma lesão maior, consistindo, assim, em uma ação dirigida à diminuição do risco".

4.2.2. Realização do risco

4.2.2.1. Noção

Para haver imputação é necessário que o risco proibido criado tenha se materializado no resultado lesivo.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBADE – 2017 – PC-AC – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A imputação objetiva dispensa a realização do risco juridicamente desaprovado no resultado".

4.2.2.2. Exclusão da imputação

a) Não realização do risco no resultado típico

Não haverá imputação objetiva quando o resultado não seja a concretização do risco proibido criado. Com efeito, exclui-se a imputação ainda que o agente tenha criado um risco proibido quando o resultado não é a concretização deste risco.

Exemplo: o agente desfere uma facada na vítima com a intenção de matá-la, mas é impedido de prosseguir na execução, sendo o ofendido levado a um hospital, local em que vem a morrer em virtude de um incêndio. O agente criou um risco proibido no sentido de provocar uma morte em decorrência das lesões produzidas pela facada, e não pelo incêndio. Nesse caso, o autor responde apenas por tentativa de homicídio (p. 363).

Ademais, deve haver uma precisa relação do risco não permitido com o resultado, vale dizer, a imputação do resultado depende que ele seja a concretização precisa do risco não permitido.

b) Resultado não se encontra no âmbito do fim de proteção da norma de cuidado

Não é suficiente que a conduta perigosa se realize no resultado, sendo necessário que este resultado se encontre no âmbito do fim de proteção da norma de cuidado (p. 377). Caso contrário não haverá imputação objetiva.

Exemplo: motorista ultrapassa outrem de modo contrário ao dever de cuidado, vindo o condutor do carro ultrapassado a morrer por causa de um infarto provocado pelo susto, ou porque, em virtude de um irreconhecível defeito material, quebra-se a roda do carro ultrapassante, daí decorrendo uma colisão. Percebe-se que existe causalidade material (nexo de causalidade), bem como houve a criação de um risco proibido (desobediência à norma de cuidado). Porém, a norma de cuidado pretende evitar colisões decorrentes do processo perigoso de ultrapassagem, e não da parada cardíaca ou da quebra da roda.

Obs.: não se deve confundir as expressões "fim de proteção da norma de cuidado", referente a *normas de cuidado*, com "alcance do tipo", referente a *normas típicas*, tais como as proibições de matar, lesionar, danificar etc.

4.2.3. Alcance do tipo

4.2.3.1. Noção

Em certos casos, mesmo havendo a criação do risco não permitido e sua materialização no resultado, ainda assim, excepcionalmente, esses pressupostos não serão suficientes para a imputação objetiva, porque o tipo não possui o fim de evitar certos acontecimentos, vale dizer, o tipo não alcança a evitação de certos perigos e seus efeitos.

4.2.3.2. Exclusão da imputação

Para Roxin (p. 387) não haverá imputação nos casos de:

a) Cooperação na autocolocação consciente da vítima em situação de perigo (autocolocação em perigo). *Exemplo:* a pessoa entrega a droga a um viciado de alto grau, o qual morre pelo excesso do uso. Essa contribuição na autocolocação em perigo da vítima não gera a imputação do resultado morte a título de homicídio. Na Alemanha não se pune o induzimento e o auxílio ao suicídio, razão pela qual com maior razão não se pode punir

aqueles que contribuem para esta situação de autocolocação da vítima em perigo. No caso, a punição pelo tráfico já seria suficiente.

b) ***Colocação de um terceiro em perigo, desde que aceita por este (hetero-colocação em perigo consentida).*** *Exemplos:* 1) a pessoa pega uma carona com um motorista embriagado, ciente dos riscos que se expôs. Em razão da embriaguez, ocorre um acidente e o carona sofre lesões corporais ou morre; 2) a pessoa pratica ato sexual com outra portadora do vírus HIV, ciente da situação do parceiro, e vem a contrair o vírus.

c) ***Atribuição ao âmbito de responsabilidade de terceiros.*** *Exemplo:* 'A' bate seu carro contra uma árvore, por desatenção. Um passageiro fratura o quadril esquerdo. No hospital, ele morre em virtude de uma sepsemia (envenenamento do sangue), decorrente de desatenção médica. Apesar de a jurisprudência alemã imputar o resultado ao condutor imprudente, afirma o autor que a resposta deveria ser negativa, tendo em vista que a "fratura da perna não gera perigo de vida. Tal perigo foi, isso sim, criado e realizado unicamente pelo comportamento dos médicos".

d) ***Casos de danos de choque e danos tardios.*** *Exemplo 1:* imaginemos uma mãe que fica sabendo que seu filho foi vítima de homicídio e sofre um colapso cardíaco. Os tipos penais de homicídio e lesão corporal somente alcançam o resultado causado nas pessoas diretamente afetadas pela conduta do autor. O homicídio da vítima (dano direto) pode afetar a saúde de uma pessoa próxima (dano indireto). Porém, não se encontram no alcance da proibição de matar os eventuais terceiros prejudicados, isto é, o fim de proteção da proibição penal de matar não consiste em preservar tais pessoas (ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general.* T. I. Madrid: Civitas, 1997, p. 402 e 1012). *Exemplo 2:* se a vítima de uma lesão que necessitou amputar uma perna sai do hospital após a sua alta médica e depois de alguns anos vem a cair de uma escada em razão de seu impedimento físico, não pode o causador da lesão corporal (dano inicial), que gerou a amputação, ser responsabilizado pela morte (dano posterior) (p. 402 e 1012).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNCAB – 2016 – PC-PA – Delegado de Polícia) A fim de fazer uso de certa droga injetável, Eliel pede a Sinval uma seringa emprestada, pois não tem dinheiro para adquirir a sua em uma farmácia. Com a cessão da seringa por Sinval, Eliel ministra a droga no próprio corpo, vindo a falecerem virtude de overdose. Saliente-se que Sinval desejava a morte de Eliel e intimamente torcia para o desfecho trágico. Considerando apenas as informações constantes do enunciado, de acordo com a teoria da imputação objetiva: a) é possível a punição de Sinval pelo resultado morte, desde que agasalhada a tese da heterocolocação em risco; b) a imputação do resultado morte a Sinval pode ser afastada em virtude da autocolocação da vítima em perigo; c) Dado o incremento do risco proibido. Sinval será responsabilizado pela morte de Eliel; d) A existência de um nexo de causalidade, reconhecido a partir da teoria da *conditio sine qua non*, é suficiente para a imputação do resultado morte a Sinval; e) Sinval não pode ser responsabilizado pelo resultado morte, em virtude da ausência de dolo. **Gabarito: B.**

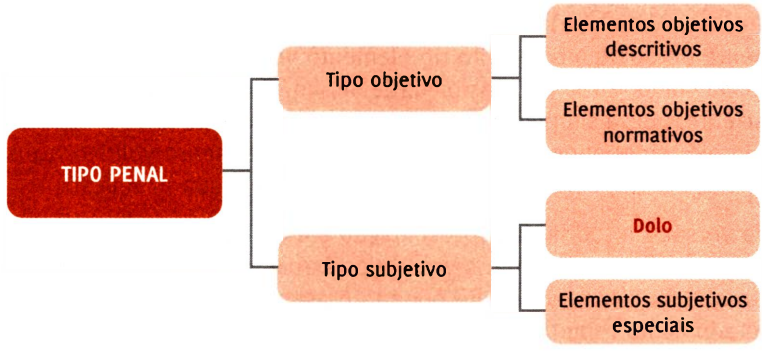
Capítulo VI

Tipo doloso

1. DEFINIÇÃO DE DOLO

Dolo é a *consciência* e *vontade* de realizar os elementos descritos no tipo objetivo, i.e., a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo (elementos descritivos e/ou normativos). Nos termos do art. 18, I, do CP, diz-se o crime doloso *quando o agente quis o resultado* (dolo direto) *ou assumiu o risco de produzi-lo* (dolo eventual).

Como já visto, o tipo penal doloso possui *aspectos objetivos* (elementos objetivos: elementos descritivos e elementos normativos) e *aspectos subjetivos* (elementos subjetivos: **dolo** e elemento subjetivo especial). No primeiro caso, tem-se o **tipo objetivo** (aspectos objetivos), ao passo que, no segundo, o **tipo subjetivo** (aspectos subjetivos).



2. TEORIAS SOBRE O DOLO

2.1. *Teoria da vontade*

Dolo é a consciência e vontade dirigida ao resultado. Para que uma conduta seja considerada dolosa, o agente deve ter consciência e vontade de praticar a conduta, bem como a consciência e vontade de produzir o resultado. Foi adotada pelo Código Penal em relação ao dolo direto.

2.2. *Teoria do assentimento ou consentimento*

É necessária a consciência ou previsão do resultado, mas não se exige a vontade dirigida à sua realização. É suficiente seu consentimento (assunção do risco da produção do resultado). Ou seja, sabendo que a sua conduta tem a possibilidade de causar o resultado, o agente não deixa de agir, aceitando a sua produção. Foi adotada pelo Código Penal em relação ao dolo eventual. Esta teoria é uma vertente da teoria da vontade. Na culpa consciente o agente também tem a previsão do resultado, mas não assume o risco de sua produção.

2.3. *Teoria da indiferença*

Outra expressão da teoria de vontade é a teoria da indiferença (Engisch), segundo a qual, para haver dolo eventual, é suficiente que o agente represente como possível a realização do tipo (elemento cognitivo) e demonstre a sua indiferença frente ao bem jurídico protegido, mas exclui o dolo quando as consequências possíveis são indesejadas (ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general. T. I. Madrid: Civitas, 1997, p. 433). O agente recebe com indiferença o resultado representado como possível.

2.4. *Teorias da representação*

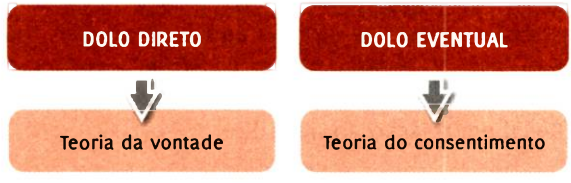
Nas teorias da representação o enfoque se dá no elemento intelectivo (critérios fundados na representação).

Em sua versão radical, para haver dolo basta o agente ter a representação (consciência ou previsão) da possibilidade de produção do resultado, independentemente de qualquer aferição do elemento volitivo (vontade). Essa vertente é conhecida como teoria da possibilidade. Assim, não haveria a categoria da culpa consciente, pois a simples previsão da possibilidade de ocorrer o resultado já constitui dolo, independentemente da análise do elemento volitivo, consistente em o agente aceitar, consentir ou se conformar com a sua produção.

Outra versão da teoria da representação é a teoria da probabilidade, para a qual deve o agente representar a grande probabilidade de produzir o resultado, ao passo que há culpa consciente quando o agente representar a possibilidade do resultado como remota.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

De acordo com o Código Penal (art. 18, I), o dolo direto é explicado pela teoria da vontade, ao passo que o dolo eventual é explicado pela teoria do consentimento.



▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(TRF4 – 2016 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Das várias teorias que buscam justificar o dolo eventual, sobressai a teoria do consentimento (ou da assunção), consoante a qual o dolo exige que o agente consinta em causar o resultado, além de considerá-lo como possível. A questão central diz respeito à distinção entre dolo eventual e culpa consciente, que, como se sabe, apresentam aspecto comum: a previsão do resultado ilícito".

(FADEMS – 2013 – MP-MS – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "O Código Penal brasileiro acolhe quais teorias para o dolo direto e o dolo eventual? Há distinção entre essas espécies de dolo?"

3. ELEMENTOS DO DOLO

a) ***Elemento cognitivo ou intelectual:*** *consciência* (previsão ou representação) da conduta, do resultado e do nexo de causalidade. No dolo o agente possui a *consciência* dos elementos objetivos do tipo.

CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

De acordo com o nosso Código Penal (art. 18, I), o dolo não possui como elemento a *consciência da ilicitude*, por isso é chamado de *dolo natural*. A consciência da ilicitude é elemento da culpabilidade.

b) ***Elemento volitivo:*** *vontade* de realizar a conduta típica (ação ou omissão). No dolo direto, além da vontade de realizar a conduta, o agente possui a *vontade* de produzir o resultado. No dolo eventual, apesar de o agente possuir a *vontade* de praticar a conduta, não possui a *vontade* de produzir o resultado, mas *assume o risco* de produzi-lo (aceitação).

VONTADE

Existe ambiguidade em relação à palavra vontade, a qual é empregada num sentido de "vontade psicológica" e outro de "vontade normativa". Como bem esclarece Luis Greco (*Dolo Sem Vontade*), "por vezes, designa-se por vontade um estado mental, algo que ocorre literalmente na cabeça do autor, uma entidade empírica que pertence ao universo psíquico de alguém". Seria a vontade em sentido psicológico-descritivo. Por outro lado, segundo ainda Greco, "é possível usar o termo vontade também num segundo sentido, não mais psicológico-descritivo, e sim atributivo-normativo. Aqui, vontade não é mais uma entidade interna à psique de alguém, mas uma atribuição, isto é, uma forma de interpretar um comportamento, com ampla independência da situação psíquica do autor". Em resumo:

- **Vontade em sentido psicológico-descritivo:** estado mental do agente.
- **Vontade em sentido atributivo-normativo:** forma de interpretar um comportamento.

4. ESPÉCIES DE DOLO

4.1. Dolo direto e dolo indireto

a) **Dolo direto (determinado ou imediato):** o agente "quer a produção do resultado" (CP, art. 18, I, 1ª parte). Subdivide-se em:

- **Dolo direto de primeiro grau:** o agente tem a *consciência* (representação) que sua conduta causará um resultado, bem como a *vontade* de praticar a conduta e produzir o resultado. O dolo abrange a produção do fim em si. Refere-se ao *fim proposto* e aos *meios escolhidos*.

Exemplo: 'A' efetua disparo de arma de fogo (conduta consciente e voluntária) em direção a 'B', pretendendo produzir a sua morte (resultado consciente e voluntário).

- **Dolo direto de segundo grau (dolo de consequências necessárias):** previsão dos *efeitos colaterais* (resultado típico) como *consequência necessária* do meio escolhido. A prática dos elementos objetivos do tipo não é a intenção do agente, mas este representa a sua realização como um efeito colateral inevitável, vale dizer, como consequência necessária do meio escolhido para atingir um resultado proposto. Ou seja, o sujeito prevê o delito como consequência inevitável para atingir um fim proposto.

Exemplo: o agente, para matar seu inimigo (fim proposto), coloca uma bomba no avião em que ele se encontra, vindo a matar, além de seu inimigo (dolo direto de primeiro grau), todos os demais que estavam a bordo como **consequência necessária** do meio escolhido (dolo direto de segundo grau). Assim, em relação aos demais passageiros, tem-se o dolo direto de segundo grau, uma vez que a intenção do agente não era a morte deles, embora tenha previsto que inevitavelmente isso iria ocorrer. Desse modo, a morte dos passageiros encontra-se no âmbito de vontade do sujeito.

Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(FAPEMS – 2017 – PC-MS – Delegado de Polícia) Com a desclassificação no torneio nacional, o presidente do clube AZ demite o jogador que perdeu o pênalti decisivo. Irresignado com a decisão, o futebolista decide matar o mandatário. Para tanto, aproveitando o dia da assinatura de sua rescisão, acopla bomba no carro do presidente que estava estacionado na sede social do clube. O jogador sabe que o motorista particular do dirigente será fatalmente atingido e tem a consciência que não pode evitar que torcedores ou funcionários da agremiação, próximos ao veículo, venham a falecer com a explosão. Como para ele nada mais importa, a bomba explode e, lamentavelmente, além das mortes dos dois ocupantes do veículo automotor, três torcedores e um funcionário morrem. A partir da leitura desse caso, é correto afirmar que o indiciamento do jogador pelos crimes de homicídio sucederá:

a) por dolo direto de primeiro grau em relação ao presidente e ao motorista.

b) por dolo eventual em relação ao motorista; aos torcedores e ao funcionário.

c) por dolo direto de segundo grau em relação ao presidente e ao motorista.

d) por dolo eventual apenas em relação aos torcedores.

e) por dolo direto de segundo grau apenas em relação ao motorista.

Gabarito: E.

(TJ-PR – 2008 – Juiz de Direito) "George Shub, conhecido terrorista, pretendendo matar o Presidente da República de Quiare, planta uma bomba no veículo em que ele sabe que o político é levado por um motorista e dois seguranças até uma inauguração de uma obra. A bomba é por ele detonada à distância, durante o trajeto, provocando a morte de todos os ocupantes do veículo. Com relação à morte do motorista, George Shub agiu com: (...) **Dolo direto de segundo grau**".

▸ **DOLO DIRETO DE TERCEIRO GRAU**

Sustentamos a existência do **dolo direto de terceiro grau (dolo de dupla consequência necessária).** É a consciência e vontade de produzir um resultado como consequência necessária do efeito colateral necessário da conduta. Trata-se da inevitável violação de bem jurídico em decorrência do resultado colateral produzido a título de dolo direto de segundo grau. Percebe-se que a existência de dolo direto de terceiro grau pressupõe a existência de dolo direto de segundo grau.

Exemplo: o agente, para matar seu inimigo (fim proposto), coloca uma bomba no avião em que ele se encontra, vindo a matar, além de seu inimigo (dolo direto de primeiro grau), todos os demais que estavam a bordo como *consequência necessária* do meio escolhido (dolo direto de segundo grau). Entretanto, uma das pessoas a bordo estava grávida, de sorte que da sua morte decorreu necessariamente o aborto (dolo direto de terceiro grau). Em resumo, a morte da gestante é um efeito colateral necessário da conduta. Por sua vez, o aborto é o resultado como consequência necessária do efeito colateral necessário da conduta. No exemplo, o agente deve ter consciência da gravidez para responder pelo resultado.

b) **Dolo indireto (indeterminado):** a vontade do agente não se dirige a um resultado determinado. Subdivide-se em dolo eventual e dolo alternativo:

- **Dolo eventual (dolo de consequências possíveis):** o agente não quer o resultado, mas, representando como possível a sua produção, não deixa de agir, assumindo o risco de produzi-lo. O agente pretende praticar uma conduta para atingir um fim proposto. Entretanto, prevê (representa/está consciente/antevê) que sua conduta tem a possibilidade de produzir, além do resultado pretendido, outro resultado. Mesmo assim, não deixa de agir, assumindo o risco da sua produção. O agente prevê esse outro resultado como ***consequência possível*** de sua conduta.

Exemplo 1: o agente arremessa um saco de entulho do 10º andar de seu apartamento (conduta) visando a acertar a caçamba que se encontra na rua (fim proposto). Entretanto, o agente prevê que pode atingir o pedestre que passa pelo local (consciência da possibilidade de produzir o resultado), mas, mesmo assim, não deixa de agir e pratica o arremesso, assumindo o risco de produzir o resultado, que realmente ocorre (morte do pedestre). Nesse caso, em relação à morte do pedestre, houve dolo eventual.

Exemplo 2: o agente, para matar seu inimigo (fim proposto), efetua vários disparos de arma de fogo, prevendo que, além do desafeto, poderia atingir também um terceiro que estava ao lado. Mesmo assim, assumindo o risco de produzir outro resultado (no terceiro), efetua os disparos, acertando o seu inimigo (dolo direto de primeiro grau) e o terceiro (dolo eventual).

DOLO EVENTUAL

Muito embora no ***dolo eventual*** o agente assuma o risco de produzir o resultado, deve-se entender que, na prática, essa assunção do risco não se extrai da mente do autor, mas sim das circunstâncias do caso.

Nesse sentido: STF: "Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente" (HC 97252, 2ª T., 23/06/2009); "(...) Para configuração do dolo eventual não é necessário o consentimento explícito do agente, nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do evento. Faz-se imprescindível que o dolo eventual se extraia das circunstâncias do evento, e não da mente do autor, eis que não se exige uma declaração expressa do agente" (HC 91159, 2ª T., j. 02/09/2008). No mesmo sentido: "Se o dolo eventual não é extraído da mente do acusado, mas das circunstâncias do fato, conclui-se que a denúncia limitou-se a narrar o elemento cognitivo do dolo, o seu aspecto de conhecimento pressuposto ao querer (vontade). A análise cuidadosa da denúncia finaliza o posicionamento de que não há descrição do elemento volitivo consistente em assumir o risco do resultado, em aceitar, a qualquer custo, o resultado, o que é imprescindível para a configuração do dolo eventual. Em obediência aos estreitos limites da via eleita, vislumbra-se a submissão do paciente a flagrante constrangimento ilegal decorrente da imputação de crime hediondo praticado com dolo eventual decorre da comparação entre a narrativa ministerial e a classificação jurídica dela extraída, que revela não estar configurado o elemento volitivo do dolo. Afastado elemento subjetivo dolo, resta concluir que o paciente pode ter provocado o resultado culposamente (...)" (STJ, 5ª T., RHC 126003, j. 17/11/2020).

Exemplo: o agente, dirigindo seu veículo em estado de embriaguez, durante uma disputa automobilística ("racha") praticada em local com grande aglomeração de pessoas, atropela e causa a morte de alguém.

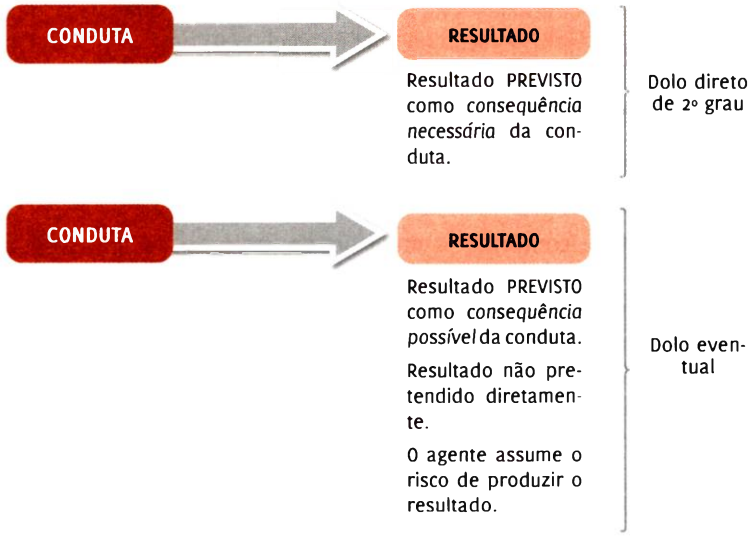
Como se não bastasse, o veículo se encontrava com pneus "carecas" e os freios estavam em péssimas condições. Independentemente do que passou pela mente do agente, quem causa esse resultado diante das circunstâncias acima colocadas pratica uma conduta de quem assume o risco de produzir o resultado, ou seja, age com dolo eventual.

A propósito: "(...) 4. Consoante reiterados pronunciamentos deste Tribunal de Uniformização Infraconstitucional, o deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, especificamente, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, fica reservado ao Tribunal do Júri, juiz natural da causa, no qual a defesa poderá desenvolver amplamente a tese contrária à imputação penal. 5. Na espécie, foram apontados elementos que podem sugestionar a presença do dolo eventual: ação volitiva do réu, que ingeriu bebida alcoólica antes de conduzir o veículo e trafegava em alta velocidade - 151,2 km/h -, desrespeitando os cruzamentos com vias preferenciais, colidindo com veículo de terceiro. 6. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que o dolo eventual não é extraído da 'mente do agente', mas das circunstâncias do fato, de forma que a ocorrência de uma morte e de uma lesão corporal faz parte do resultado assumido pelo agente, que sob a influência de álcool, em alta velocidade e desrespeitando as regras de trânsito, foi o responsável pelo fatídico acidente. Tais elementos, bem delineados na denúncia, demonstram a antevisão do acusado a respeito do resultado assumido, justificando a imputação. 7. O art. 302 do CTB define o delito de homicídio culposo na direção de veículo automotor. O §3º acrescido pela Lei n. 11.546/2017 apenas previu que, se o agente por ocasião do acidente estiver

sob influência de álcool ou outra substância psicoativa, a pena será mais grave - 5 a 8 anos de reclusão. 8. Não significa, por isso, dizer que aqueles que dirigiam embriagados ou sob efeito de substâncias psicoativas e se envolveram em homicídio no trânsito, assumindo o risco de produzir o resultado, tenham que, de pronto, ser beneficiado com a desclassificação do delito para a modalidade culposa" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1166037, j. 17/12/2019).

DOLO DIRETO DE SEGUNDO GRAU e DOLO EVENTUAL

- No dolo direto de *segundo grau*, o agente prevê que o resultado é certo ou quase-certo (consequência necessária do meio escolhido para atingir o fim proposto).
- No *dolo eventual*, o agente prevê que o resultado é possível de ocorrer (*consequência possível* do meio escolhido para atingir o fim proposto), mas não deixa de agir, assumindo o risco de sua produção.



➢ **Dolo alternativo:** ocorre quando a vontade do sujeito se dirige a um ou outro resultado. Ex.: o agente desfere golpe de faca na vítima com intenção alternativa: ferir ou matar.

Essa classificação, a nosso ver, não possui razão de existir. Isto porque, utilizando como argumento o exemplo acima, se o agente desfere um golpe de faca no peito da vítima, não se discute que ocorre dolo direto de matar alguém. Se a vítima morrer, teremos um homicídio doloso consumado (dolo direto).

Se a vítima não morrer, devem ser analisadas as seguintes hipóteses:

1ª) *o agente pensou que a vítima estivesse morta e fugiu do local*: responderá por tentativa de homicídio, uma vez que a vítima não morreu por circunstâncias alheias à sua vontade (art. 121 c/c art. 14, II); 2ª) *o agente sabia que a vítima estava viva, mas não pode prosseguir na execução por circunstâncias alheias à sua vontade*: também responderá por tentativa de homicídio, já que não conseguiu prosseguir na execução (art. 121 c/c art. 14, II); 3ª) *o agente sabia que a vítima*

estava viva, mas desistiu voluntariamente de prosseguir na execução: houve início de ato executório de homicídio, mas o agente desistiu de prosseguir, de sorte que ocorre a desistência voluntária (art. 15), devendo o agente responder pelos atos anteriormente praticados (lesões corporais).

Por outro lado, se o agente desfere um golpe de faca no braço da vítima (fim proposto), não se trata de ato idôneo de matar, mas sim de causar lesão corporal. Teríamos, assim, *dolo direto* de lesão corporal. Mesmo se aceitássemos que essa conduta tenha possibilidade de matar alguém, haveria dolo eventual de homicídio. De qualquer forma, dispensável o *dolo alternativo*.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MG – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O dolo alternativo é espécie de dolo indireto e apresenta-se quando o aspecto volitivo do agente se encontra direcionado, de maneira alternativa, seja em relação ao resultado, seja em relação à pessoa contra a qual é cometido o crime".

4.2. Dolo genérico e dolo específico

a) **Dolo genérico:** consciência e vontade de realizar os elementos objetivos descritos no tipo penal. Trata-se do dolo (art. 18, I, do CP).

b) **Dolo específico:** conforme já mencionado, ao lado do dolo, alguns tipos são constituídos por *elementos subjetivos especiais*, que são denominados pela doutrina clássica de *dolo específico*. Porém, apesar da ampliação da esfera subjetiva do tipo, esse *fim especial* não integra o dolo, mas o tipo subjetivo. Na sua falta, a conduta não se amolda ao tipo. *Exemplo: "para si ou para outrem"* no furto (art. 155 do CP – crime material); *"com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica"* na extorsão (art. 158 do CP – crime formal); *"para o fim específico de cometer crimes"* na associação criminosa (art. 288 do CP – crime formal).

Jurisprudência do STJ:

- O crime de atos preparatórios para a prática do terrorismo (art. 5º da Lei nº 13.260/16) exige motivação por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião. Nesse sentido: "1. O tipo penal exerce uma imprescindível função de garantia. Decorrente do princípio da legalidade, a estrutura semântica da lei incriminadora deve ser rigorosamente observada e suas elementares devem encontrar adequação fática para que o comando secundário seja aplicado. 2. O uso da expressão 'por razões de' indica uma elementar relativa à motivação. A construção sociológica do ato de terrorismo conjuga motivação e finalidade qualificadas, compreensão essa englobada na tipificação penal brasileira. 3. O delito do art. 5º funciona como soldado de reserva em relação ao delito de terrorismo, art. 2º, ambos da Lei n. 13.260/2016. Trata-se de criminalização dos atos preparatórios do delito de terrorismo, expressão que remete ao dispositivo anterior, exigindo a interpretação sistemática. A tipificação da

conduta descrita no art. 5º exige a motivação por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, expostas no art. 2º da Lei Antiterrorismo. 4. O Tribunal local, ao dispensar a motivação constante do dispositivo legal, terminou por admitir a configuração do delito sem a clara definição da motivação. Trata-se de operação indevida, visto que admite a perpetração de (ato infracional análogo a) crime, sem que estejam devidamente configuradas todas as suas elementares. 5. Ordem concedida para cassar o acórdão impugnado, afastando a capitulação da conduta como ato infracional análogo ao crime descrito no art. 5º, c/c o art. 2º, § 1º, I e V, da Lei n. 13.260/2016, e determinar o rejulgamento da causa pelo Tribunal local, como se entender de direito" (STJ, 6ª T., HC 537118, j. 05/12/2019 – Informativo 663).

- A ausência de previsibilidade de que a ofensa chegou ao conhecimento da vítima afasta o dolo específico do delito de injúria, tornando a conduta atípica. Nesse sentido: STJ, 6ª T., REsp 1.765.673, j. 26/05/2020 – Informativo 672).

4.3. Dolo normativo e dolo natural

a) **Dolo natural:** é um aspecto da conduta (teoria finalista da ação) e possui como elementos: a) consciência da conduta, do resultado e do nexo causal (elemento cognitivo); b) vontade de praticar a conduta e produzir o resultado (elemento volitivo). A consciência da ilicitude do fato (elemento normativo) não integra o dolo, mas sim a culpabilidade (segundo a teoria normativa pura).

Exemplo: uma pessoa simples do interior (um lavrador, por exemplo) pratica conjunção carnal com sua noiva de 13 anos, sem ter a mínima possibilidade de saber que se trata de um fato ilícito (proibido pelo nosso ordenamento jurídico). No caso, nos termos do nosso Código Penal, o agente praticou uma conduta dolosa, pois possuía consciência e vontade de praticar o fato, apesar da ausência de possibilidade de atingir a consciência da ilicitude desse fato (trata-se de estupro de vulnerável – art. 217-A do CP).

b) **Dolo normativo:** integra a culpabilidade (teoria causal da ação) e possui como elementos: a) consciência da conduta, do resultado e do nexo causal (elemento cognitivo); b) **consciência da ilicitude do fato (elemento normativo)**; c) vontade de praticar a conduta e produzir o resultado (elemento volitivo). Atualmente, segundo art. 18, I, do CP, o dolo não mais possui o elemento normativo e figura no fato típico.

Exemplo: uma pessoa simples do interior (um lavrador, por exemplo) pratica conjunção carnal com sua noiva de 13 anos, sem ter a mínima possibilidade de saber que se trata de um fato ilícito (proibido pelo nosso ordenamento jurídico). No caso, adotando o conceito de dolo normativo, o agente **não** teria praticado uma conduta dolosa, pois apesar de ter consciência e vontade de praticar o fato, não possuía a consciência de sua ilicitude.

4.4. Dolo geral (*dolus generalis*)

Trata-se de solução para uma hipótese específica de *erro acerca do nexo causal ("desvio" do nexo causal)*. O agente pratica uma conduta e imagina que alcançou o resultado. Em seguida, pratica nova conduta, sendo esta a causadora do resultado inicialmente pretendido. Também é conhecido como **erro sucessivo**.

Exemplo: o sujeito desfere facadas na vítima. Após, pensando que ela se encontrava morta, empurra seu corpo no rio, causando-lhe a morte por afogamento. Segundo o postulado do dolo geral, o agente responderá por homicídio doloso consumado, uma vez que o *erro do curso causal é irrelevante*.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MG – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O erro sucessivo caracteriza hipótese em que o agente atua com dolo geral, isto é, o agente, supondo já ter alcançado o resultado por ele visado, pratica nova ação que efetivamente dá causa ao resultado por ele pretendido".

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A especial finalidade da conduta (também denominada "dolo específico") é um elemento subjetivo do tipo existente em alguns delitos materiais, mas não é compatível com os delitos formais".

(FUNIVERSA – 2015 – PC-DF – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte afirmativa: "Suponha que 'A' tenha atirado contra 'B' com o propósito de matá-lo. 'A' acredita ter consumado o crime por meio dos tiros. Em seguida, joga o corpo de 'B' em um rio, com a intenção de ocultar o cadáver. Posteriormente, descobre-se que 'B' estava vivo quando foi jogado no rio e que morreu por afogamento. Nesta hipótese, conforme a doutrina majoritária, 'A' poderá responder, a depender do caso, por homicídio doloso tentado em concurso material com homicídio culposo ou por homicídio doloso tentado em concurso material com ocultação de cadáver. Não se admite que 'A' responda por homicídio doloso consumado, porque 'A' já não possuía animus necandi no momento em que arremessou o corpo de 'B' no rio".

(MPF – 20º Concurso – Procurador da República) O CHAMADO "DOLUS GENERALIS": a) identifica-se com a *aberratio ictus*. b) identifica-se com a *aberratio delicti*. c) identifica-se, no curso causal, pela crença em antecipação do resultado, todavia ainda não acontecido. d) identifica-se na *actio libera in causa*. **Gabarito: C.**

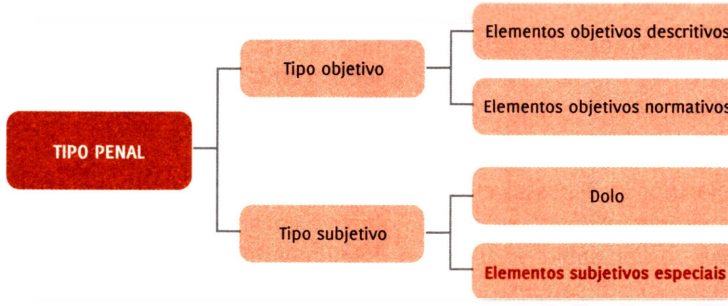
Parte minoritária da doutrina entende que o agente responderá por tentativa de homicídio, já que ocorreu um *erro do curso causal relevante* (desvio essencial do nexo causal), excludente da imputação objetiva do resultado. Caso o resultado posterior seja previsível, haverá concurso de crimes.

▸ **DOLO DIRETO X DOLO EVENTUAL**

Apesar das classificações acima sobre dolo, geralmente é exigida nos concursos públicos a diferença de *dolo direto* e *dolo eventual*. Para fixar:

- No **dolo direto**, o resultado é **previsto** e **pretendido** (o agente quis).
- No **dolo eventual** o resultado é **previsto** e **aceito** (o agente não quis, mas assumiu o risco).

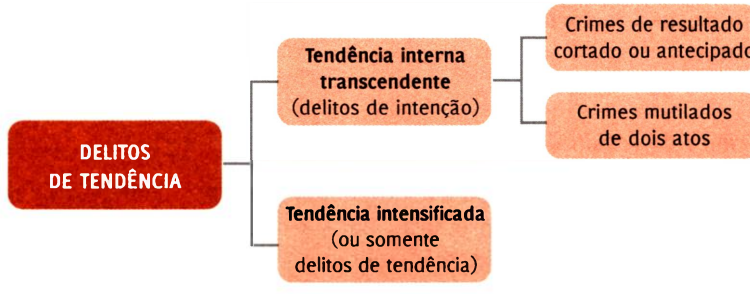
5. ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECIAIS



5.1. Conceito

Conforme explicação anterior, alguns crimes possuem, além do dolo, os chamados *elementos subjetivos especiais*, que se referem a uma *finalidade específica* do agente, a uma *tendência* ou a um *motivo*.

Os tipos penais que possuem esses elementos subjetivos especiais são chamados de delitos de tendência: delitos de tendência interna transcendente (delitos de intenção) ou delitos de tendência intensificada (delitos de tendência propriamente ditos).



5.2. Delitos de tendência interna transcendente (delitos de intenção)

São os que possuem como elementares **intenções especiais** (finalidade transcendente) **expressas no próprio tipo.**

Como visto, o tipo penal divide-se em **tipo objetivo** (elementos descritivos e normativos) e **tipo subjetivo** (dolo e, eventualmente, o elemento subjetivo especial).

Nos tipos penais que não preveem esses ***elementos subjetivos especiais,*** a vontade do agente se realiza no tipo objetivo, ou seja, há uma congruência entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo. Por sua vez, nos tipos penais que possuem esses ***elementos subjetivos específicos,*** a vontade do agente não se realiza completamente no tipo objetivo, ou seja, não há uma congruência entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo, tendo em vista que, além do dolo ("vontade

geral"), é previsto o elemento subjetivo específico ("vontade específica" distinta do dolo).

Assim, nos crimes de tendência interna transcendente, o agente possui intenção de realizar o tipo objetivo, bem como a intenção de produzir um resultado naturalístico que, embora descrito no tipo, não precisa se realizar para a consumação do crime.

Exemplo (tipo que possui elemento subjetivo especial): no crime de extorsão mediante sequestro (art. 159), o *tipo objetivo* consiste em "sequestrar alguém". Por sua vez, o *tipo subjetivo* possui o *dolo* (consciência e vontade de realizar o tipo objetivo, que é sequestrar alguém) e o *elemento subjetivo especial* (com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate). Essa intenção especial transcende (vai além) do tipo objetivo (sequestrar alguém).

Exemplo (tipo que não possui elemento subjetivo especial): no crime de sequestro (art. 148), o *tipo objetivo* consiste em "privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado". O *tipo subjetivo* possui apenas o *dolo* (consciência e vontade de realizar o tipo objetivo, que é privar alguém ...), não possuindo *elemento subjetivo especial*. Nesse caso, há congruência entre o tipo objetivo e o tipo subjetivo.

Os crimes de intenção dão lugar, dependendo do caso, aos chamados: **1) crimes de resultado cortado ou antecipado; 2) crimes mutilados ou atrofiados de dois atos.**

5.2.1. Crimes de resultado cortado ou antecipado

O agente pratica uma conduta com a intenção de causar certo resultado, mas o tipo não prevê a sua produção para a consumação do crime. *Exemplo:* o mesmo acima (crime de extorsão mediante sequestro), em que o agente sequestra pessoa *com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate*. Para a consumação do crime basta a conduta de sequestrar *com o fim de* (...), independente da produção do resultado pretendido (obtenção da vantagem). Se o agente obtém a vantagem, trata-se de mero *exaurimento* do crime.

Obs.: esses crimes também são classificados como delitos formais ou **tipos penais incongruentes (ou de congruência assimétrica)**. Quando o tipo subjetivo não contém esses elementos subjetivos especiais, são chamados de **tipos congruentes (ou de congruência simétrica)**.

5.2.2. Crimes mutilados ou atrofiados de dois atos

O agente pratica uma conduta com a intenção de futuramente praticar outra distinta, mas o tipo não exige a prática dessa segunda conduta para a consumação do crime. *Exemplo:* o crime do art. 290 do CP. O agente pratica uma

primeira conduta (suprimir, em nota, sinal indicativo de sua inutilização), para o fim de praticar uma *conduta posterior* (restituir a nota à circulação). O crime se consuma com a *primeira conduta* (suprimir...), independentemente de o agente vir a praticar a *conduta posterior* (restituir a nota à circulação).

Obs.: no *crime de resultado cortado*, o resultado visado dependerá de ato de terceiro e não do agente. No *crime mutilado de dois atos*, o ato posterior será praticado pelo próprio agente e não por terceiro.

5.3. Delitos de tendência intensificada (ou somente delitos de tendência)

É necessário verificar o ânimo do agente para realização do delito. Esse ânimo está implícito em certos tipos penais, como o *propósito de ofender* (CP, arts. 138, 139 e 140); o *propósito de ultrajar* (CP, art. 212). A tendência do agente não transcende a conduta típica, como nos delitos de intenção.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2009 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Nos crimes de tendência intensificada, o tipo penal requer o ânimo de realizar a própria conduta típica legalmente prevista, sem necessidade de transcender tal conduta, como ocorre nos delitos de intenção. Em outras palavras, não se exige que o autor do crime deseje um resultado ulterior ao previsto no tipo penal, mas, apenas, que confira à ação típica um sentido subjetivo não previsto expressamente no tipo, mas deduzível da natureza do delito. Cita-se, como exemplo, o propósito de ofender, nos crimes contra a honra".

(MP-PR – 2001 – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "Conceito de dolo, diferença entre as várias espécies de dolo e situações de exclusão do dolo".

▸ **DOLO ENANTIOMÓRFICO, BILATERAL, COMPENSADO OU RECÍPROCO**

Existe quando ambas as partes agem dolosamente, valendo-se de má-fé e objetivando causar dano uma à outra. No âmbito civil, "Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização" (art. 150 do Código Civil).

No entanto, conforme predomina no âmbito do Direito Penal, a torpeza bilateral não afasta o delito de estelionato, sobretudo porque (a) a boa-fé do ofendido não é elemento do tipo do art. 171 do CP, (b) a punição de crimes interessa a toda a sociedade, enquanto a reparação do dano somente interessa à vítima e (c) mesmo havendo dolo bilateral, não se pode ignorar o fato de o autor ter obtido vantagem ilícita em detrimento do prejuízo alheio da vítima.

Capítulo VII

Tipo culposo

1. CONCEITO

Nos termos do art. 18, II, do Código Penal, diz-se o crime culposo quando o agente dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. No crime culposo, o agente não quer o resultado nem assume o risco de produzi-lo. O agente pratica uma conduta com fins lícitos ou irrelevantes, mas o meio utilizado é descuidado (conduta mal dirigida).

Em regra, os tipos penais são dolosos. Os tipos culposos devem ser previstos expressamente. *Exemplo:* no art. 121, *caput*, do CP consta apenas *matar alguém*, sem que haja referência sobre dolo ou culpa. Desse modo, entende-se que o tipo é doloso, pois essa é a regra. No art. 121, § 3º, entretanto, foi prevista expressamente a modalidade culposa.

O legislador, não tendo como prever todas as condutas descuidadas, cria o chamado **tipo aberto**, deixando para o juiz a análise se a conduta foi culposa. Trata-se de uma valoração judicial para fechar o tipo. Essa conduta é averiguada pela inobservância do dever objetivo de cuidado, revelada no resultado não pretendido, mas *previsível* (culpa inconsciente), ou em um resultado *previsto*, mas que o agente inconsequentemente imaginava evitável (culpa consciente).

▸ **Como o assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR – 2017 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Os tipos culposos, por não estarem descritos especificamente em cada tipo penal, constituem normas penais em branco, que dependem de um complemento por outro ato normativo".

2. ELEMENTOS DO TIPO CULPOSO

2.1. Conduta voluntária

No delito culposo o agente possui vontade de praticar a conduta (ação ou omissão), mas o resultado é causado involuntariamente. Não se deve confundir a voluntariedade da conduta com a voluntariedade ou não em relação ao resultado. No crime culposo, a conduta não é dirigida para um fim ilícito. Ela é

geralmente dirigida para uma finalidade sem qualquer relevância penal, mas, entretanto, **é mal dirigida.**

Exemplo: ao dirigir imprudentemente seu veículo (ex.: com velocidade acima do permitido) o agente possui consciência e vontade de praticar essa conduta, mas não possui a finalidade de produzir um resultado danoso (ex.: atropelamento e morte de pedestre).

2.2. Inobservância do dever objetivo de cuidado (desvalor da ação)

Na vida em sociedade o homem possui o dever de praticar condutas com as cautelas necessárias a fim de evitar a causação de danos a terceiros. Assim, tem o **dever de observar certas regras de agir (normas de cuidado)** de modo a evitar lesões a bens jurídicos. Essas normas podem ser jurídicas, profissionais ou se basearem em pautas de condutas oriundas da experiência. No entanto, nem sempre o dever de cuidado é observado, como ocorre nas hipóteses de **imprudência, negligência e imperícia**.

Exemplo (dados de experiência): uma cozinheira, ao utilizar o fogão para esquentar água, deve evitar que uma criança se aproxime caso a panela esteja ao seu alcance. Esse dever de cuidado não está escrito em nenhuma norma jurídica, mas se trata de um dever baseado na experiência comum.

Exemplo (norma jurídica): um motorista de veículo automotor deve observar as normas de segurança do tráfego descritas no Código de Trânsito Brasileiro. Em alguns casos, a não observância de certa norma pode caracterizar a infringência do dever de cuidado.

Exemplo (regra profissional): um engenheiro, ao realizar um cálculo estrutural, deve seguir as regras técnicas de sua profissão. Não o fazendo, poderá ter deixado de observar o dever de cuidado.

No delito culposo deve haver uma relação entre a inobservância do dever de cuidado com a lesão ao bem jurídico (desvalor do resultado). Ou seja, não basta que a conduta tenha violado o dever de cuidado. É necessário que o resultado causado esteja vinculado com essa não observância. Trata-se da chamada **relação de determinação** ou **conexão interna**.

Observações:

- A denominada **culpa temerária**, "correspondente à antiga culpa lata latina, à Leichtfertigkeit alemã, à imprudência grave espanhola e à culpa grave italiana, representa um tipo de culpa substancialmente elevado, determinante de uma moldura penal agravada" (SANTANA, Selma Pereira. *A culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro Direito Penal Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 236). O Código Penal brasileiro não trata da intensidade da culpa, ou seja, não faz distinção entre culpa leve, grave e gravíssima, mas deve o juiz, a nosso ver, levar em consideração no momento da aplicação da pena.

➢ A jurisprudência alemã criou o chamado **princípio da confiança** para limitar os casos de responsabilidade penal na esfera dos delitos culposos no trânsito, cuja incidência, com o tempo, foi ampliada. Baseia-se na expectativa de que as outras pessoas irão agir conforme as regras de comportamento. É por isso que tal princípio se encontra vinculado a aspectos atinentes à segurança, relacionando-se à previsibilidade e à calculabilidade. Consiste, portanto, na realização da conduta de uma determinada forma, na confiança de que o comportamento do outro se dará conforme o que acontece normalmente. Como assevera Siqueira, trata-se de um "importante instrumento dogmático de limitação normativa da imputação penal diante da conduta incorreta de terceiros, principalmente porque caso fosse exigido de todos os indivíduos que atentassem a todo tempo aos possíveis resultados lesivos que poderiam decorrer da conduta irregular dos demais, seria impossível desenvolver qualquer tipo de atividade coletiva na complexa sociedade hodierna" (SIQUEIRA, Flávia. *O Princípio da confiança no direito penal*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 215). Na jurisprudência verifica-se a sua utilização como critério de exclusão da tipicidade penal.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDEP – 2018 – MP-MG – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Pelo princípio da confiança, todo aquele que se conduz com observância ao dever de cuidado objetivo exigido, pode esperar que os demais co-participantes de idêntica atividade procedam do mesmo modo".

2.3. Previsibilidade

Previsível é o que se pode prever, ou seja, é a possibilidade de representação do resultado (como consequência da conduta) nas circunstâncias em que o agente se encontrava. Não se deve confundir *previsível* com *previsto*. ***Previsto*** é o que se previu, ao passo que ***previsível*** é o que pode ser previsto. No crime culposo, em regra, não há *previsão/representação/consciência* do resultado, mas sim *previsibilidade*. Apesar da ausência de *previsão* do resultado (na culpa inconsciente), é exigível que o resultado seja *previsível*.

Exemplo: é previsível, pelo conhecimento comum, a causação de um acidente por quem dirige em excesso de velocidade em uma pista molhada e escorregadia. Justamente por ser previsível o resultado (acidente), o dever de cuidado nesse caso concreto seria diminuir a velocidade.

Para fins de tipicidade, discute-se se a previsibilidade deve ser aferida de acordo com a **capacidade individual do agente (previsibilidade subjetiva)** ou mediante a colocação do **homem médio (previsibilidade objetiva)** diante do caso concreto, isto é, na posição do agente. Predomina o critério da previsibilidade objetiva.

Na *previsibilidade objetiva* não se perquire se o agente podia prever o resultado, mas sim o homem médio colocado diante do caso concreto. Substitui-se

hipoteticamente o agente pelo homem médio (homem prudente) para analisar se este teria agido da mesma forma que o agente agiu, ou se de modo diverso, em face de ser previsível que o resultado pudesse ocorrer. Se ao homem médio fosse possível prever o resultado (previsibilidade objetiva), conclui-se que sua conduta seria distinta da conduta do agente, pois agiria de acordo com o dever *de cuidado* exigido para evitar o resultado.

Nesse caso, haverá a tipicidade, já que houve previsibilidade objetiva, mesmo se o agente não pôde prever o resultado (ausência de previsibilidade subjetiva). Por seu turno, caso não fosse possível ao homem médio prever o resultado, sua conduta seria idêntica à do agente, de forma que não haveria violação ao dever de cuidado. Com efeito, não haveria tipicidade, tendo em vista a ausência de previsibilidade objetiva.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(UFMT - 2016 - DPE-MT - Defensor Público) "NÃO é elemento constitutivo do crime culposo: a) a inobservância de um dever objetivo de cuidado. b) o resultado naturalístico involuntário. c) a conduta humana voluntária. d) a tipicidade. e) a imprevisibilidade". **Gabarito: E.**

(CESPE - 2009 - TRF2 - Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Nos crimes culposos, o tipo penal é aberto, o que decorre da impossibilidade do legislador de antever todas as formas de realização culposa; assim, o legislador prevê apenas genericamente a ocorrência da culpa, sem defini-la, e, no caso concreto, o aplicador deve comparar o comportamento do sujeito ativo com o que uma pessoa de prudência normal teria, na mesma situação".

No entanto, mesmo para os que adotam o critério da *previsibilidade objetiva*, não deve ser descartada a *previsibilidade subjetiva*, mas sim ser objeto de análise no campo da culpabilidade. Ou seja, se restar demonstrado que o resultado não era previsível pelo agente, apesar de ser previsível para o homem médio, não haverá juízo de reprovação, excluindo, assim, a culpabilidade.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP - 2008 - Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "Em se tratando de crime culposo, a ausência de previsibilidade subjetiva exclui a culpa?"

2.4. Resultado naturalístico involuntário

Para que ocorra um crime culposo é necessário que a conduta cause um resultado naturalístico, isto é, deve haver a modificação do mundo exterior. Entretanto, esse resultado é causado de forma involuntária. Lembre-se que o agente não quer nem assume o risco da produção do resultado.

2.5. Nexo causal

Liame entre a conduta e o resultado naturalístico. Reportamos o leitor ao capítulo Nexo de Causalidade.

2.6. Tipicidade

Adequação do fato com a lei penal. Em regra, os crimes são dolosos. O tipo penal culposo deve estar previsto em lei de forma expressa.

▸ TIPO CULPOSO

Parte da doutrina entende que o tipo culposo somente possui o tipo objetivo. Em sentido contrário, diz-se que os delitos culposos, além do tipo objetivo, também possuem o tipo subjetivo:

a) **Tipo objetivo:** conduta sem a observância do dever de cuidado (desvalor da ação) causadora de um resultado lesivo (desvalor do resultado).

b) **Tipo subjetivo:** voluntariedade de praticar a conduta descuidada (elemento positivo) e a ausência de vontade de produzir o resultado (elemento negativo).

3. MODALIDADES DE CULPA

3.1. Imprudência

A imprudência consiste em uma atitude precipitada, sem a devida ponderação, de forma perigosa. Trata-se de um **fazer** indevido. *Exemplo:* dirigir com excesso de velocidade.

3.2. Negligência

A negligência refere-se a uma inatividade material; ausência de precaução; é o **deixar de fazer** o devido. *Exemplo:* deixar arma de fogo próxima a uma criança.

3.3. Imperícia

A imperícia relaciona-se com a inaptidão para o exercício de arte ou profissão. É necessário que o fato seja praticado pelo sujeito no exercício de sua atividade profissional.

Não deve ser confundida com o *erro profissional*, como no caso do médico que, após empregar os conhecimentos normais de sua área, não consegue concluir de forma correta o diagnóstico. Nesse caso, não há culpa do médico, mas sim ausência de conhecimento científico acerca da doença.

4. ESPÉCIES DE CULPA

4.1. Culpa inconsciente e culpa consciente

***Culpa inconsciente* (culpa *ex ignorantia*):** o agente, ao praticar a conduta, não prevê o resultado, nem mesmo representa a sua possibilidade, i.e., não tem consciência do perigo gerado. Embora não tenha sido previsto pelo agente, o **resultado deve ser previsível para o homem médio**.

***Culpa consciente* (culpa *ex lascivia*):** o agente representa a possibilidade de ocorrer o resultado, mas *não assume o risco* de produzi-lo, pois *confia sinceramente*

que não ocorrerá. Ou seja, o resultado causado foi previsto pelo sujeito, mas este esperava leviana e sinceramente que não iria ocorrer ou que poderia evitá-lo. Ressalte-se que, no dolo eventual, o resultado também é previsto, mas o agente assume o risco de sua produção.

4.2. Culpa própria e culpa imprópria

Culpa própria: é a culpa comum, ou seja, a culpa inconsciente. O agente não pretende o resultado nem assume o risco de produzi-lo, mas, sendo previsível, o causa por imprudência, negligência ou imperícia.

Culpa imprópria: derivada de erro evitável/inescusável nas descriminantes putativas sobre a situação fática (CP, art. 20, § 1º) ou do excesso nas justificativas. Na verdade, a conduta é dolosa, mas o legislador determina a aplicação da pena do crime culposo, em virtude do erro de representação antes da manifestação da conduta. *Exemplo:* o agente, supondo-se na eminência de uma injusta agressão, atira contra o imaginário agressor (legítima defesa putativa evitável).

5. COMPENSAÇÃO DE CULPAS

Diversamente do campo civil, na esfera penal não é cabível a compensação de culpas. A parcela de culpa do ofendido não exclui a do agente. *Ex.:* um motorista ultrapassa o sinal vermelho e atropela uma pessoa que cruzava a rua fora da faixa de pedestre. Entretanto, se houver culpa exclusiva da vítima, não haverá imputação do resultado ao agente.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2015 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Nas lesões culposas verificadas entre os mesmos agentes, é possível aplicar a compensação de culpas".

(CESPE – 2015 – DPU – Defensor Público Federal de Segunda Categoria) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No direito penal brasileiro, admite-se a compensação de culpas no caso de duas ou mais pessoas concorrerem culposamente para a produção de um resultado naturalístico, respondendo cada um, nesse caso, na medida de suas culpabilidades".

6. CONCORRÊNCIA DE CRIMES CULPOSOS

É possível a concorrência de crimes culposos, como ocorre na hipótese de acidente automobilístico decorrente de culpa de dois motoristas que não observaram os sinais de trânsito, acarretando lesão corporal em um pedestre. Nesse caso, cada condutor praticou um crime culposo. Não há concurso de pessoas ante a ausência de vínculo subjetivo.

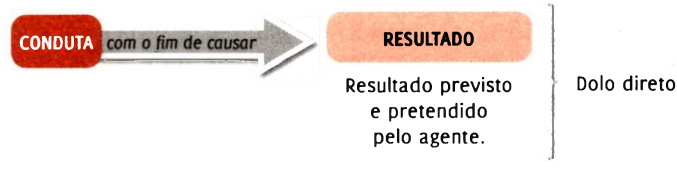
7. DIFERENÇA ENTRE DOLO E CULPA

Segue quadro diferenciando o dolo da culpa nos crimes materiais:

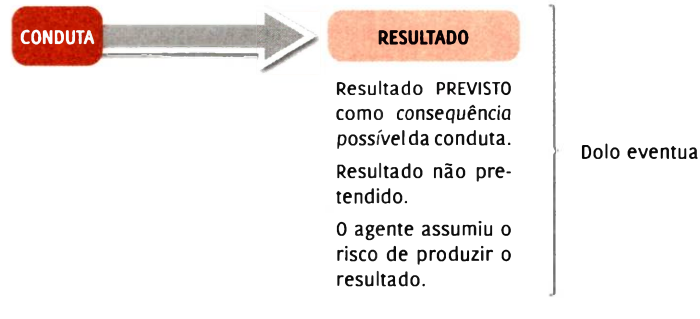
	CONDUTA		RESULTADO	
Dolo direto	Consciente (prevista)	Voluntária	Consciente (previsto)	• O agente quis o resultado (voluntário)
Dolo eventual	Consciente (prevista)	Voluntária	Consciente (previsto)	• O agente não quis o resultado • O agente assumiu o risco de produzi-lo
Culpa consciente	Consciente (prevista)	Voluntária	Consciente (previsto)	• O agente não quis o resultado • O agente não assumiu o risco de produzi-lo • O agente acredita que poderia evitá-lo
Culpa inconsciente	Consciente (prevista)	Voluntária	Inconsciente (previsível)	• O agente não teve sequer previsão do resultado • O resultado deve ser previsível

Exemplos:

1) **Dolo direto:** 'A' efetua disparo de arma de fogo (conduta consciente e voluntária) em direção a 'B', com a intenção de produzir a sua morte (resultado consciente e voluntário).



2) **Dolo eventual:** no exemplo acima, se 'A', antes de efetuar o disparo de arma de fogo (conduta consciente e voluntária) em direção a 'B', antever que poderá acertar 'C', e, mesmo assim, praticar a conduta, assumindo o risco de atingi-lo, age com dolo eventual em relação a este. Nesse caso, o agente pouco se importa (conforma-se) com a ocorrência do resultado.



3) **Culpa consciente:** no mesmo exemplo, se 'A', antes de efetuar o disparo de arma de fogo (conduta consciente e voluntária) em direção a 'B', antever que poderá acertar 'C', e mesmo assim praticar a conduta, sem assumir o risco de atingi-lo (resultado consciente, não voluntário e sem

assunção do risco), tendo em vista sua forte convicção de ser um exímio atirador, e vem a atingir e matar 'C', age com culpa consciente em relação a este.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

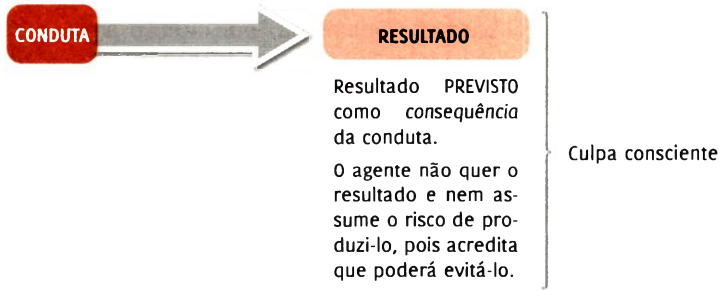
(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No caso em que o sujeito realiza a conduta e prevê a possibilidade de produção do resultado, mas não quer sua ocorrência e conta com a "sorte" para que ele não se materialize, pois sabe que não tem o controle sobre a situação implementada, se configura um exemplo de "culpa consciente" e não de "dolo eventual", porque se o sujeito soubesse de antemão que o resultado iria ocorrer, provavelmente não teria atuado".

(UFMT – 2016 – DPE-MT – Defensor Público) "Existe algum ponto de semelhança entre as condutas praticadas com culpa consciente e com dolo eventual? a) Sim, pois, tanto na culpa consciente quanto no dolo eventual, há aceitação do resultado. b) Não, pois não há ponto de semelhança nas condutas em questão. c) Sim, pois em ambas o elemento subjetivo da conduta é o dolo. d) Não, pois a aceitação do resultado na culpa consciente é elemento normativo da conduta. e) Sim, pois, tanto na culpa consciente quanto no dolo eventual, o agente prevê o resultado". **Gabarito E.**

(FCC – 2010 – TRE-AL – Analista Judiciário) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Há dolo eventual quando o agente, embora prevendo o resultado, não quer que ele ocorra nem assume o risco de produzi-lo".

(TJ-MG – 2009 – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No dolo eventual, a pessoa vislumbra o resultado que pode advir de sua conduta, acreditando que, com as suas habilidades, será capaz de evitá-lo".

(TJ-DF – 2008 – Juiz de Direito) *Questão discursiva:* "Há distinção entre Dolo Eventual e Culpa Consciente? Justifique a resposta".



4) **Culpa inconsciente:** 'A', ao limpar sua arma de fogo de forma imprudente, vem a efetuar um disparo acidental e atinge mortalmente 'B', que acabara de entrar no recinto.

Resultado NÃO PREVISTO como *consequência* da conduta, mas PREVISÍVEL.

O agente não quer o resultado e nem assume o risco de produzi-lo, pois sequer o havia previsto.

Culpa inconsciente

DIVERGÊNCIA

Discute-se se **dirigir embriagado causando a morte de alguém** configura homicídio culposo (CTB, art. 302) ou homicídio doloso (CP, art. 121).

Na verdade, conduzir veículo embriagado, por si só, não significa que tenha havido a assunção do risco de matar alguém. O fato deve ser analisado com outras circunstâncias a fim de verificar se a conduta do agente configura assunção do risco de produzir o resultado ou se este foi causado por culpa. Veja-se: "(...) o dolo eventual, na espécie, conforme consta da denúncia, está arrimado não somente na embriaguez, mas em outras constatações do inquérito, tais como elevada velocidade do veículo e desrespeito a sinal vermelho" (STJ, 6ª T., HC 356.204, j. 27/09/2016). Idem: "A embriaguez não foi a única circunstância externa configuradora do dolo eventual. Assim, na espécie, a Corte de origem entendeu, com base nas provas dos autos, que "o recorrente não está sendo processado em razão de uma simples embriaguez ao volante da qual resultou uma morte, mas sim de dirigir em velocidade incompatível com o local, à noite, na contramão de direção em rodovia" (fl. 69). Tais circunstâncias indicam, em tese, terem sido os crimes praticados com dolo eventual" (STJ, 6ª T., HC 303.872, j. 15/12/2016).

A Lei n. 13.546, de 19 de dezembro de 2017, com *vacatio legis* de 120 dias, acrescentou um § 3º ao crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB), nos seguintes termos: "Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor". Essa alteração vem em harmonia com a jurisprudência no sentido de que a embriaguez, por si só, não tem o condão de presumir o dolo eventual. Ressalte-se, porém, que mesmo com a alteração legislativa, será possível ocorrer dolo no caso de homicídio na direção de veículo automotor, seja direto ou eventual, hipótese em que o fato se amoldará ao art. 121 do Código Penal.

Capítulo VIII

Crime preterdoloso

1. CONCEITO

Ocorre o crime preterdoloso ou preterintencional quando o agente quer produzir um resultado (age com dolo), mas, além deste, causa um resultado mais grave que não havia pretendido. Esse resultado mais grave é causado a título de culpa, ou seja, o agente não quis nem assumiu o risco de produzi-lo, mas deu causa a ele por imprudência, negligência ou imperícia. Há dolo no antecedente (conduta e resultado menos grave pretendido) e culpa no consequente (resultado qualificador não pretendido, mas previsível).

Exemplo: art. 129, § 3º, do CP. O agente possui dolo apenas de ferir a vítima, mas esta, em face das lesões, vem a falecer, sendo que as circunstâncias evidenciam que o agente não quis nem assumiu o risco de matá-la, embora tal resultado fosse previsível.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O crime de disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei n. 10.826/2003) se configura na modalidade preterdolosa se for praticado como meio para a execução de um homicídio (tipificado no art. 121, 'caput', do CP)".

(CESPE – 2018 – PC-MA – Delegado de Polícia Civil) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No crime preterintencional, há a conjugação da ação culposa no evento antecedente com o dolo no resultado consequente".

(VUNESP – 2008 – DPE-MS – Defensor Público) *Questão discursiva:* "Dolo direto; dolo indireto; culpa inconsciente; culpa consciente e preterdolo. Com objetividade e utilizando-se de casos hipotéticos (exemplos práticos), narre uma situação que configure cada um deles".

Exemplo: João, com a intenção de causar lesão corporal em Maria, desfere um soco em sua barriga. Além dos ferimentos leves provocados (resultado pretendido), ocorre o aborto (resultado qualificador). Se João não sabia e nem era previsível que Maria estivesse grávida, responderá apenas pelo crime de lesão corporal leve (art. 129, *caput*, do CP) e não pela lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2º, V, do CP).

Segundo assenta parcela da doutrina, para que ocorra um crime preterdoloso não basta dolo no antecedente e culpa no consequente, pois deve ocorrer a

lesão da mesma espécie ou gênero de bem jurídico. Nesse sentido, a lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º) é um crime preterdoloso, mas o roubo seguido de morte culposa (art. 157, § 3º, 2ª parte) é apenas um crime qualificado pelo resultado e não preterdoloso.

2. CRIME QUALIFICADO PELO RESULTADO

O crime preterdoloso é uma espécie de **crime qualificado pelo resultado**, sendo que este pode ocorrer em outras hipóteses, tais como: dolo no antecedente e dolo no consequente (art. 129, § 2º, IV); culpa no antecedente e culpa no consequente (ex.: art. 258 - incêndio culposo com resultado morte); culpa no antecedente e dolo no consequente (art. 121, § 4º, 1ª parte).

Observações:

- Nucci não aceita, por impropriedade lógica, a possibilidade de *culpa no antecedente* e *dolo no subsequente* (*Manual*, p. 236). Discordamos do referido autor. Segue exemplo no qual, a nosso ver, ocorre a hipótese: motorista atropela pedestre causando lesão corporal (por culpa) e deixa de prestar socorro (por dolo). Responderá por lesão corporal culposa majorada (art. 303, § 1º, do CTB).
- ***Versari in re illicita***. Por essa antiga teoria do direito canônico, quem se dispunha voluntariamente a praticar uma conduta de natureza ilícita era responsável criminalmente por todos os efeitos causados pelo desenvolvimento de tal ação, mesmo não tendo conhecimento das consequências, ou seja, o dolo da conduta inicial era "transferido" para a "causação" de todos os seus resultados, quaisquer que fossem (Carlos Creus, p. 270).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC - 2018 - DPE-AP - Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O chamado *versari in re illicita* implica que aquele que realizar um ato ilícito penal responde por todas as consequências derivadas deste fato, ainda que em sua inicial atuação não houvesse nenhum nexo subjetivo".

3. TENTATIVA E CRIME PRETERDOLOSO

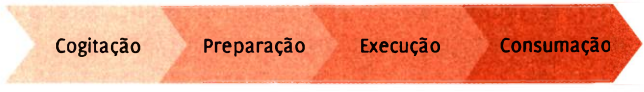
Predomina na doutrina que **não é cabível a tentativa de crime preterdoloso**. Isto porque uma parte do crime (subsequente) foi causada por culpa e, assim, seria inadmissível a tentativa daquilo que não se quis.

Capítulo IX

Fases da realização do delito

1. *ITER CRIMINIS*

O crime passa por quatro fases: 1ª) *cogitação;* 2ª) *preparação;* 3ª) *execução;* 4ª) *consumação*. A primeira constitui a fase interna e as demais a fase externa. Alguns autores ainda acrescentam uma quinta fase, que seria a do *exaurimento*.



1ª) Cogitação: intenção de praticar o delito (fase interna). É a etapa em que o autor elabora internamente seu plano delitivo, propondo os meios que utilizará para conseguir o fim proposto. A simples cogitação não é punida, pois não há ofensa ao bem jurídico. Punir a cogitação significaria vulneração ao princípio da lesividade.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2016 – TCE-PR – Auditor) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A respeito das fases do *iter criminis*: (...) Dado o princípio da alteridade, a atitude meramente interna do agente não pode ser incriminada, razão pela qual não se pune a cogitação".

2ª) Preparação: nesta etapa o autor procura os meios escolhidos com vistas a criar as condições para atingir o fim proposto. São os atos necessários para o agente iniciar a execução do delito. São impuníveis, salvo quando, por si sós, configurarem outro delito e este não seja absorvido pelo crime-fim. Ex.: portar arma de fogo na procura do desafeto para matá-lo diz respeito à fase de preparação do *iter criminis* referente ao homicídio. Mas, por outro lado, a simples conduta de portar arma de fogo sem autorização legal já configura crime (art. 14 ou 16 da Lei nº 10.826/03), o qual, em tese, poderá ser absorvido pelo crime de homicídio.

▸ ART. 5º DA LEI DE TERRORISMO E PUNIÇÃO DE ATOS PREPARATÓRIOS

De acordo com o art. 5º da Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016, é crime "Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumar tal delito".

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(FCC – 2017 – DPE-SC – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A Lei Antiterrorismo (Lei nº 13.260/2016) prevê a punição de atos preparatórios de terrorismo quando realizado com o propósito inequívoco de consumar o delito".

(CESPE – 2016 – TCE-PR – Auditor) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A respeito das fases do *iter criminis*: (...) No direito brasileiro, os atos preparatórios não são puníveis em nenhuma circunstância, nem mesmo como tipo penal autônomo".

3ª) **Execução:** o fato somente passa a ser punido com o início da execução. Isto porque, se iniciada a execução, pode ocorrer:

- Consumação (art. 14, I);
- Uma tentativa de crime, caso não haja consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II);
- A desistência voluntária ou o arrependimento eficaz, caso não ocorra a consumação por ato voluntário do agente (art. 15).

Algumas teorias indicam o momento do início dos atos executórios:

a) **Teoria puramente subjetiva:** defendida no século XIX por Von Buri, sem adeptos na atualidade, sustenta que o critério decisivo é a ***opinião do sujeito acerca do seu plano criminal,*** de modo que são atos executivos aqueles que o agente considera como fase decisiva (Cf. PUIG, Santiago Mir. *Derecho* p. 354). Verifica-se, assim, que o foco se encontra na ***representação do autor*** sobre o início da execução.

b) **Teoria formal ou objetivo-formal:** a execução é iniciada com o início da conduta típica, que ocorre com o começo da realização do verbo descrito no tipo (*ex.*: início da subtração no furto). Segundo doutrina majoritária, trata-se do critério adotado pelo Código Penal. O critério formal não é capaz de solucionar todas as hipóteses, uma vez que há casos em que é evidente o início da execução, a despeito de o agente ainda não ter realizado o verbo típico. *Ex.*: o agente é preso na área externa da residência da vítima antes de subtrair a coisa alheia. Por este critério, como o agente ainda não iniciou a subtração da coisa, não teria iniciado a execução, de sorte que sequer haveria a tentativa, que pressupõe início da execução. Responderia o agente por violação de domicílio, delito praticado na fase de preparação do furto.

c) **Teoria objetivo-material:** diante da insuficiência da teoria objetivo-formal, a doutrina buscou complementá-la com o caráter material. Segundo Zaffaroni-Pierangeli, a referida teoria, para complementar a teoria

objetivo-formal, utiliza o "perigo para o bem jurídico e a inclusão das ações que, por sua vinculação necessária com a ação típica, aparecem, segundo uma concepção natural, como parte integrante dela" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 704). Admite-se a existência de um campo prévio antes da consumação que envolve ações que não sejam estritamente típicas. É possível que haja **início da execução ainda que a ação praticada não seja necessariamente a *ação descrita no tipo*** (Cf. PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Reppertor, 2011, p. 355).

d) **Teoria objetivo-subjetiva ou objetiva individual:** considera o plano delitivo do agente. A execução se inicia quando é colocado em prática o plano concreto do autor, que é imediatamente anterior ao início da execução da conduta típica. No exemplo acima, o agente teria iniciado a execução do crime, de sorte que responderia por tentativa de furto, mesmo não tendo ainda subtraído a coisa alheia. Zaffaroni e Pierangeli acrescentam que "conforme esse critério 'a tentativa começa com a atividade com que o autor, segundo seu plano delitivo, imediatamente aproxima-se da realização do plano delitivo' (Welzel) ou, também, 'há tentativa em toda atividade que, julgada sobre a base do plano concreto do autor, mostra-se, de acordo a uma concepção natural, como parte integrante de uma ação executiva típica (Stratenwerth)" (Manual de Direito Penal, 1999, p. 704).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR – 2019 – Promotor de Justiça) Quanto ao tema relativo à separação entre atos preparatórios e de execução, analise as assertivas abaixo e assinale a alternativa:

I. A Teoria negativa propõe, em linhas gerais, a negação da possibilidade da limitação, em uma regra geral, entre o que seriam atos preparatórios e atos de execução, devendo tal definição ficar a cargo do julgador no momento da análise de cada caso.

II. A Teoria objetivo-formal propõe que atos de execução são aqueles que demonstram o início da realização dos elementos do tipo penal, ou seja, para se poder falar em início de atos executórios, o agente teria que começar a realizar a ação descrita no verbo núcleo do tipo penal.

III. A teoria objetivo-material afirma que para a definição do início dos atos executórios não se mostra suficiente a realização dos elementos do tipo penal, mas é necessário também que se tenha gerado e esteja presente efetivo perigo para o bem jurídico protegido pela norma.

IV. A Teoria objetivo-individual propõe que a tentativa se iniciaria quando o autor, segundo o seu plano concreto, segundo seu plano delitivo, atua para a concretização do tipo penal pretendido.

a) Todas as alternativas estão corretas.

b) Apenas as alternativas I e III estão incorretas.

c) Apenas as alternativas I, II e IV estão corretas.

d) Apenas as alternativas II, III e IV estão corretas.

e) Apenas as alternativas III e IV estão corretas.

Gabarito: A.

(MP-PR - 2017 - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A teoria objetiva individual possui uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva, esta última constituída a partir do plano do autor".

(FCC - 2017 - DPE-SC - Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O Código Penal brasileiro adota a teoria subjetiva pura na aferição do início do ato de execução".

(CESPE - 2015 - DPE-RN - Defensor Público) Foi considerada *correta*, à luz da legislação e jurisprudência do STJ, a seguinte alternativa: "**Situação** hipotética: Lino e Vítor, mediante complexa logística, escavaram por dois meses um túnel de setenta metros entre um imóvel que adquiriram e o cofre de uma instituição bancária que pretendiam furtar, cessando a empreitada em decorrência de prisão em flagrante, quando estavam a doze metros do ponto externo do banco. Assertiva: Nesse contexto, Lino e Vítor colocaram em risco o bem jurídico tutelado e praticaram atos executórios do crime de furto qualificado".

(MP-PR - 2012 - Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "Tentativa: (i) apresentar as teorias da tentativa; (ii) descrever a versão dominante e a versão minoritária da teoria objetiva individual, indicando qual a variante mais adequada ao direito penal brasileiro".

▸ INÍCIO DA EXECUÇÃO NO STJ

- "Pela teoria objetiva-individual, associada a outros parâmetros materiais e subjetivos, é possível examinar se foram exteriorizadas condutas periféricas ao núcleo do tipo penal, mas que evidenciem perigo real ao bem jurídico tutelado" (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 1278535, j. 05/05/2020).
- "Nos termos das teorias objetiva e subjetiva, o início dos atos executórios podem ser aferido por outros elementos que antecedem a própria subtração da coisa, tais como a pretensão do autor, a realização de atos tendentes à ação típica, ainda que periféricos, a idoneidade do ato para a realização da conduta típica e a probabilidade concreta de perigo ao bem jurídico tutelado, considerados os atos já realizados no momento da prisão do agente. 3. Embora a subtração não tenha sido efetivamente iniciada, o risco ao patrimônio de quem teve a casa já invadida, quando é o agente criminoso surpreendido, considerando-se a idoneidade da invasão para a realização da conduta típica, constituem relevantes atos periféricos indubitavelmente ligados ao tipo penal do delito de furto. 4. Os atos externados na conduta do agente, extraídos das premissas fáticas delineadas no acórdão, ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e, de fato, expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal. 5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória" (STJ, 6ª T., REsp 1683589, j. 19/03/2019).
- "(...) 8. A distinção entre atos preparatórios e executórios é tormentosa e exige uma conjugação de critérios, tendo como ponto de partida a teoria objetivo-formal, de Beling, associada a outros parâmetros subjetivos e objetivos (como a complementação sob a concepção natural, proposta por Hans Frank), para que, consoante o tirocínio do julgador, seja possível definir se, no caso concreto, foram exteriorizados atos tão próximos do início do tipo que, conforme o plano do autor, colocaram em risco o bem jurídico tutelado. 9. Tal solução é necessária para se distinguir o começo da execução do crime, descrito no art. 14, II, do CP e o começo de execução da ação típica. Quando o agente penetra no verbo nuclear, sem dúvida, pratica atos executórios. No entanto, comportamentos periféricos

que, conforme o plano do autor, uma vez externados, evidenciam o risco relevante ao bem jurídico tutelado também caracterizam início da execução do crime. 10. Não houve violação do art. 14, II, do CP, pois os atos externados ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal, inclusive com a execução da qualificadora do furto. Os recorrentes, mediante complexa logística, escavaram por dois meses um túnel de 70,30 metros entre o prédio que adquiriram e o cofre da instituição bancária, cessando a empreitada, em decorrência de prisão em flagrante, quando estavam a 12,80 metros do ponto externo do banco, contexto que evidencia, de forma segura, a prática de atos executórios" (STJ, 6ª T., REsp 1252770, j. 24/03/2015).

4ª) **Consumação:** pressupõe a reunião de todos os elementos da definição legal do crime (CP, art. 14, I). Ex.: o delito de homicídio se consuma com a morte da vítima; o crime de estelionato, com a obtenção da vantagem ilícita em prejuízo alheio.

2. CRIME CONSUMADO

Como dito, nos termos do art. 14, I, do Código Penal, o crime resta consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal.

Desse modo, quando o fato praticado pelo agente corresponde a todos os elementos de um tipo penal, diz-se que o crime está consumado. Ou seja, o crime se consuma quando o tipo penal se encontra realizado.

No que tange ao momento da consumação e à natureza do crime, tem-se:

a) ***Crimes materiais:*** ocorre a consumação com a produção do resultado naturalístico; ***crimes formais:*** com a prática da conduta típica, independentemente da produção do resultado naturalístico; ***crimes de mera conduta:*** com a prática da conduta, pois o tipo não prevê a produção de resultado naturalístico.

b) ***crimes de perigo:*** com a exposição do bem a perigo de dano;

c) ***Crimes permanentes:*** a consumação se protrai no tempo até que o agente cesse sua conduta;

d) ***Crimes qualificados pelo resultado:*** com a produção do resultado agravador;

e) ***Crime omissivo próprio:*** no momento que o agente deixa de realizar a conduta devida;

f) ***Crime omissivo impróprio (comissivo por omissão):*** com a produção do resultado naturalístico.

▸ **CONSUMAÇÃO X EXAURIMENTO**

Não se deve confundir consumação do crime com o seu **exaurimento (esgotamento)**. O crime pode estar consumado sem que tenha produzido o resultado desejado pelo agente. O conceito de crime consumado (art. 14, I) deve ser entendido como *consumação em um sentido técnico/formal*, pois alguns crimes podem se consumar

mesmo que não ocorra o resultado perseguido pelo agente. *Exemplo:* o crime de extorsão mediante sequestro (art. 159) se consuma com a conduta de sequestrar a vítima *com o fim específico* descrito no tipo (recebimento da vantagem). O efetivo recebimento da vantagem como condição ou preço do resgate (resultado naturalístico) será mero exaurimento/esgotamento. Predomina que o exaurimento não configura etapa do *iter criminis*.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-GO – 2016 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Em determinadas infrações penais o exaurimento constitui etapa do *iter criminis*".

(FCC – 2015 – TCM-GO – Procurador do Ministério Público de Contas) "A consumação se dá nos crimes: a) de mera conduta, com a ocorrência do resultado naturalístico; b) omissivos impróprios com a prática de conduta capaz de produzir o resultado naturalístico; c) permanentes, no momento em que cessa a permanência; d) omissivos próprios, com a simples omissão; e) culposos, com a prática da conduta imprudente, imperita ou negligente". **Gabarito: D.**

3. TENTATIVA

3.1. Conceito e natureza jurídica

Ocorre o crime tentado, conforme art. 14, II, do Código Penal, quando, **iniciada a execução**, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

No crime tentado, o fato praticado pelo agente não corresponde à totalidade dos elementos objetivos de um tipo penal. Ou seja, os elementos objetivos (tipo objetivo) se realizam parcialmente, embora se realizem completamente os elementos subjetivos (tipo subjetivo). Ou seja, consumado ou tentado o delito, o dolo é o mesmo.

	Tipo objetivo	Tipo subjetivo
Crime consumado (art. 14, I)	completo	completo
Crime tentado (art. 14, II)	incompleto	completo

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-GO – 2016 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A resolução do agente, no que diz respeito ao dolo, não são coincidentes na tentativa e na consumação".

São **elementos da tentativa:** a) a prática de um ato de execução (realiza-se parte do tipo objetivo); b) a presença dos elementos subjetivos do tipo doloso (realiza-se o tipo subjetivo); c) a não consumação do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Exemplo: João, com a intenção de matar Maria (realização do tipo subjetivo), desfere uma facada em seu tórax, ocasião em que um terceiro impede que prossiga na execução (houve a realização parcial do tipo objetivo). Maria é levada a um hospital e sobrevive. Nesse caso, iniciada a execução, não ocorreu a consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CONSULPLAN – 2018 – TJ-MG – Juiz de Direito) Fulano, querendo matar Beltrano, efetua um disparo de revólver contra este, mas erra o alvo, vindo a atingir Sicrano, ferindo este último levemente no braço. Nessa situação hipotética, conforme legislação aplicável ao caso, Fulano deverá responder por: a) homicídio tentado contra Sicrano. b) homicídio tentado contra Beltrano. c) lesões corporais leves contra Sicrano. d) lesões corporais culposas contra Sicrano. **Gabarito: B.**

(FCC – 2015 – TCE-CE – Conselheiro) "São elementos da tentativa: a) início de execução do tipo penal; falta de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente; dolo e culpa. b) início de execução do tipo penal; falta de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente; dolo. c) início de execução do tipo penal; falta de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente; culpa consciente. d) atos preparatórios; Início de execução do tipo penal; falta de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente; dolo e culpa. e) atos preparatórios; Início de execução do tipo penal; falta de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente; dolo". **Gabarito: B.**

O art. 14, II, do CP, é uma **norma de extensão temporal** da figura típica. Como visto anteriormente, no crime tentado ocorre a **adequação típica por subordinação indireta/mediata**. Não se tem um crime específico para a tentativa, de sorte que se deve referir a um crime autônomo em que incidirá a norma de extensão (art. 14, II). Como diz Zaffaroni, não há um delito de tentativa, mas sim tentativas de delitos.

No exemplo acima, não se tem um crime autônomo de homicídio tentado, mas sim uma tentativa do crime de homicídio. João responderá por tentativa do crime de homicídio em razão do art. 14, II. A tipicidade do fato seria **art. 121 c/c art. 14, II.**

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2009 – PGE-PA – Procurador do Estado) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A adequação típica de um crime tentado é de subordinação mediata, ampliada ou por extensão, já que a conduta humana nessa espécie de crime não se enquadra prontamente na lei penal incriminadora".

3.2. Pena da tentativa

Segundo o parágrafo único do art. 14: "Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços". Assim, como efeito do reconhecimento da tentativa, incidirá a aplicação de uma **causa de diminuição de pena** em relação à pena do crime consumado.

No que tange à pena do crime tentado, o CP adotou, como regra, a **teoria objetiva (teoria realística)**, segundo a qual a punição do crime tentado se fundamenta no ***perigo de dano* acarretado ao bem jurídico**, verificado na realização de parte do processo executório. A pena, no entanto, deve ser inferior àquela do crime consumado, pois o delito tentado causa menor ofensa ao bem jurídico.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MSCONCURSOS - 2009 - TRE-SC - Analista Judiciário) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O Código Penal, quanto ao crime tentado, não visa à punição da intenção do agente, mas o efetivo percurso do iter criminis. Dessa maneira, o nosso ordenamento adotou: (...) A teoria realística".

Como critério de fixação, deve se levar em consideração a proximidade da consumação, caso em que o bem jurídico terá maior exposição a perigo. **Quanto maior a proximidade da consumação menor será a diminuição, e vice-versa**. Assim, leva-se em conta o *iter criminis* percorrido pelo agente. Nesse sentido: "Em relação à tentativa, o Código Penal, em seu art. 14, inciso II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o iter criminis percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição" (STJ, 5ª T., AgRg no AgRg no AREsp 1710516, j. 06/10/2020).

Exemplo (tentativa branca): a redução de pena na tentativa de homicídio em que a vítima sequer tenha sido atingida ou intensamente exposta a perigo deve ser maior do que no caso de a vítima ser gravemente lesionada. Nesse sentido: "Nessa perspectiva, quanto mais distante o réu ficar do resultado, maior será a diminuição de pena daí decorrente, de modo que, nas chamadas tentativas brancas, aquelas em que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal não chega a ser diretamente atingido, usualmente se aplica a redução de 2/3 (dois terços)" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 788.887, j. 16/10/2018). Ainda: "Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, nas hipóteses de crime de homicídio em que não há lesão à vítima - tentativa branca ou incruenta -, a fração de redução da pena deve ser aplicada no patamar máximo de 2/3, considerado o iter criminis percorrido" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1868145, j. 30/06/2020).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC - 2018 - MP-PB - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Nos termos do Código Penal, pune-se o crime tentado com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. Para o Supremo Tribunal Federal, a pena será diminuída na proporção inversa do iter criminis percorrido pelo agente".

(FCC - 2015 - TCM-RJ - Procurador da Procuradoria Especial) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A redução de um a dois terços da pena em razão do reconhecimento do crime tentado deve ser estabelecida de acordo com as circunstâncias agravantes ou atenuantes porventura existentes".

Como exceção, o Código adotou a **teoria subjetiva**, conforme se observa na expressão "*salvo disposição em contrário*". Essa exceção, segundo a doutrina, refere-se às hipóteses em que o legislador prevê no próprio tipo penal a forma tentada. Exemplos:

- CP, art. 352. Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da pena correspondente à violência.
- Lei nº 4.737/65, art. 309. Votar ou tentar votar mais de uma vez, ou em lugar de outrem: Pena – reclusão até três anos.

Dica: se no concurso público for afirmado que o CP adotou a *teoria objetiva* em relação à pena da tentativa, o enunciado estará correto, independentemente da exceção acima apontada (teoria subjetiva).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2017 – TJ-SC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Conforme a redação do Código Penal: configurada a tentativa, pela falta de completude do injusto, a pena sempre deverá ser reduzida de um a dois terços".

(CESPE – 2009 – DPE-AL – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Quanto à punição do delito na modalidade tentada, o CP adotou a teoria subjetiva".

Havendo crime tentado, para a aferição do preenchimento dos requisitos da **suspensão condicional do processo**, considera-se a menor pena cominada em abstrato para o delito, reduzida de 2/3 (fração máxima prevista no art. 14, II, do CP). Nesse sentido: STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1877863, j. 25/08/2020.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz de Direito) No tocante à tentativa, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "É aplicável o redutor mínimo de um terço para efeito de verificação de cabimento da suspensão condicional do processo".

3.3. Classificação

3.3.1. *Tentativa imperfeita e tentativa perfeita*

Em relação ao caminho percorrido durante a fase de execução:

- **Tentativa imperfeita (inacabada):** a fase executória é interrompida antes de ser esgotada e o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. *Exemplo:* o agente dispara um tiro em direção à vítima e erra o alvo. Em seguida, não consegue efetuar um segundo disparo diante da interferência de um terceiro, que impediu o prosseguimento da execução.
- **Tentativa perfeita (acabada, crime falho ou delito frustrado):** o processo executório planejado pelo agente é integralmente realizado **(a fase de execução é esgotada)**, mas não ocorre a consumação por circunstâncias alheias à sua vontade. *Exemplo:* o agente dispara seis tiros na vítima e abandona o local imaginando que consumou o delito. No entanto, a vítima não vem a falecer.

Obs.: os crimes plurissubsistentes são aqueles que admitem fracionamento na fase de execução. Admitem que o agente pratique vários atos para conseguir produzir o resultado. Ex.: o agente desfere várias facadas na vítima para matá-la. Nestes crimes poderá ocorrer tanto a tentativa imperfeita quanto a perfeita. Por outro lado, os crimes unissubsistentes se consumam com apenas um ato, não admitindo fracionamento da execução. Nesse caso, ao praticar o ato o crime estará consumado, de sorte que, segundo predomina na doutrina, é incompatível com a tentativa.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUMARC – 2018 – PC-MG – Delegado de Polícia Substituto) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No crime falho ou na tentativa imperfeita, o processo de execução é integralmente realizado pelo agente e o resultado é atingido".

(PUC-PR – 2017 – TJ-MS – Analista Judiciário) Foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas: "Na tentativa perfeita, o agente inicia a execução sem, contudo, utilizar todos os meios que detinha ao seu alcance, e o crime não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade"; "O crime falho, também chamado de tentativa inacabada, é uma espécie de tentativa na qual o agente pratica o fato em erro, ou seja, o agente elabora uma falsa percepção da realidade ao praticar sua conduta".

(CESPE – 2016 – TCE-PR – Auditor) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A respeito das fases do iter criminis: (...) Configura-se tentativa imperfeita ou crime falho se o agente esgota todos os atos executórios e, por circunstâncias alheias a sua vontade, o crime não se consuma".

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O crime falho, também chamado de tentativa imperfeita, ocorre quando o agente voluntariamente desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza".

(FCC – 2015 – TJ-RR – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Em relação às fases de execução do crime, pode-se assegurar que (...) há tentativa imperfeita quando, apesar de ter o agente realizado toda a fase de execução, o resultado não ocorre por circunstâncias alheias à sua vontade".

(FUNIVERSA – 2015 – PC-DF – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Tentativa abandonada ou qualificada ocorre quando há interrupção do processo executório em razão de o agente não praticar todos os atos de execução do crime por circunstâncias alheias à sua vontade".

(FCC – 2011 – TCE-SP – Procurador do Ministério Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Nos crimes plurissubsistentes, havendo *iter criminis* com sucessivas condutas durante a sua execução, é (...) admissível tanto a tentativa perfeita, como a imperfeita".

3.3.2. Tentativa incruenta e tentativa cruenta

Em relação ao objeto do crime:

- **Tentativa incruenta (branca):** o objeto material não sofre dano. *Exemplo:* iniciados os atos executórios (disparos de arma de fogo), a vítima não chega a ser atingida.

- **Tentativa cruenta (vermelha):** o objeto material sofre dano. *Exemplo:* iniciados os atos executórios (disparos de arma de fogo), a vítima é atingida.

Como decidiu o STJ, "Na escolha do quantum de redução da pena pela tentativa, o critério adotado mostra-se idôneo, pois o magistrado deve levar em consideração somente o iter criminis percorrido, ou seja, **quanto mais próxima a consumação do delito, menor será a diminuição**. Embora a vítima não tenha sido atingida, configurando, assim, tentativa branca, hipótese na qual se tem aplicado, em regra, a fração máxima (2/3), o fato de o paciente ter efetuado vários disparos contra a vítima evidencia um maior percurso do iter criminis, justificando a fração de 1/2" (STJ, HC 525.846, j. 05/11/2019). No mesmo sentido: "Quanto à fração aplicada para a redução da pena, em razão do delito tentado, sua modulação é inversamente proporcional ao iter criminis percorrido. É dizer: quanto maior o caminho percorrido pela conduta do agente, antes de efetivamente violar o bem juridicamente tutelado pela norma, maior o perigo ao qual o bem jurídico resultou exposto e maior será o desvalor da conduta, a ensejar uma menor redução da pena" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 604895, j. 22/09/2020).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNIVERSA – 2015 – PC-DF – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Tentativa incruenta é aquela em que o agente, arrependendo-se posteriormente, pratica atos para evitar que o crime venha a se consumar".

(CESPE – 2015 – DPE-PE – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O STJ tem firmado entendimento de que, na tentativa incruenta de homicídio qualificado, deve-se reduzir a pena eventualmente aplicada ao autor do fato em dois terços".

3.3.3. *Tentativa fracassada*

O agente desiste de prosseguir na execução, não porque voluntariamente quer que a consumação não ocorra, mas por supor que não conseguirá a consumação com os meios que tem a sua disposição (BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal.* Parte general, 2ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 481).

3.4. Infrações que não admitem a tentativa

a) ***Crimes culposos:*** são incompatíveis com a tentativa, uma vez que o agente não persegue o resultado, isto é, não se pode tentar o que não se quer. Entretanto, poderá haver tentativa na chamada "culpa imprópria" (art. 20, § 1º, parte final), pois na verdade trata-se de uma conduta dolosa com aplicação da pena do crime culposo. Essa matéria é analisada no capítulo "erro de tipo".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(TRF2 – 2017 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A doutrina dominante aponta que, em regra, o crime culposo admite tentativa, especialmente quando a culpa é própria".

(FCC – 2017 – DPE-SC – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A punição da tentativa de crime culposo depende de expressa previsão legal".

(FCC – 2015 – TJ-RR – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Em relação às fases de execução do crime, pode-se assegurar que (...) não se admite tentativa de crime culposo.

(FUNIVERSA – 2015 – PC-DF – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Admite-se a forma tentada no crime impropriamente culposo".

Dica: se no concurso público for afirmado em uma prova objetiva que *é inadmissível a tentativa no crime culposo* a resposta estará correta, independentemente da exceção acima apontada.

b) ***Crimes preterdolosos ou preterintencionais:*** como o resultado agravador foi causado culposamente, é impossível imaginar a tentativa de um resultado não perseguido.

c) ***Contravenções:*** não se pune a tentativa de contravenção por expressa disposição legal (LCP, art. 4º).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(UEG – 2018 – PC-GO – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Sobre as contravenções penais previstas no Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941, verifica-se que a tentativa de contravenção é punida na forma prevista pelo Código Penal".

d) ***Crimes unissubsistentes:*** a fase de execução não admite fracionamento. Basta a prática de apenas um ato para que ocorra a consumação do crime unissubsistente. Ex.: injúria verbal.

Obs.: nos crimes prurissubsistentes, admite-se a tentativa. Ex.: injúria por escrito.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz de Direito) No tocante à tentativa, foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "É possível nos crimes formais, se plurissubsistentes".

(VUNESP – 2015 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "É admissível a forma tentada no crime unissubsistente".

e) ***Crimes omissivos próprios:*** se o agente não realizar a conduta devida, o crime se consuma; caso a realize, não haverá crime. Observe-se que o delito omissivo próprio é um crime unissubsistente, que se realiza com um único ato (deixar de fazer). Ressalte-se, entretanto, que é admitida a tentativa nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão (art. 13, § 2º, do CP). Existe posição minoritária no sentido de se admitir a tentativa inclusive nos crimes omissivos próprios (Zaffaroni e Pierangeli, Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 705).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Os crimes omissivos próprios são os cujo tipo descreve a conduta omissiva de forma direta, e por isso não é necessária a incidência do art. 13, § 2º, do CP".

(FUNIVERSA – 2015 – PC-DF – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Os crimes omissivos, sejam próprios ou impróprios, não admitem tentativa".

f) ***Crimes condicionados:*** a lei exige uma condição objetiva para que ocorra a punibilidade. Se ela se verifica, haverá punição. Caso contrário, não resta nada a punir.

g) ***Crimes habituais:*** é necessária a reiteração de atos para configurar a conduta típica e, assim, a consumação. Se a conduta não se revelar não há tentativa, e os atos praticados são indiferentes penais. *Exemplo:* curandeirismo (art. 284).

h) ***Crimes de atentado:*** não se pode imaginar tentativa de tentativa. *Exemplo:* art. 352. Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MG – 2010 – Promotor de Justiça) "Não admitem a tentativa, EXCETO: a) os crimes omissivos impróprios; b) os crimes culposos próprios; c) as contravenções penais; d) os crimes preterdolosos; e) os crimes unissubsistentes". **Gabarito: A.**

DOLO EVENTUAL E TENTATIVA

- Tanto no dolo direto quanto no dolo eventual o agente possui vontade de realização do tipo. No dolo eventual, embora a sua realização não seja o fim proposto, o agente teve a previsão da possibilidade de sua produção e assumiu esse risco. Diante dessa vontade (assunção do risco), é perfeitamente compatível a figura da tentativa com dolo eventual.

  Nesse sentido: "Esta Corte Superior de Justiça já se manifestou no sentido da compatibilidade entre o dolo eventual e o crime tentado" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1176324, j. 16/02/2016). Idem: STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1662901, j. 05/05/2020.

- Registre-se, entretanto, posição contrária. Nessa esteira caminha Rogério Greco, ao salientar que "quando o Código Penal, em seu art. 14, II, diz ser o crime tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à *vontade* do agente, nos está a induzir, mediante a palavra *vontade*, que a tentativa somente será admissível quando a conduta do agente for finalística e diretamente dirigida à produção de um resultado, e não nas hipóteses em que somente assume o risco de produzi-lo" (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013, p. 264).

4. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ

4.1. Introdução

Conforme o art. 15 do CP, "O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados". É o que se chama de **tentativa abandonada**. Ao iniciar a execução o agente colocou em prática seu plano delitivo, mas, em seguida, abandonou voluntariamente sua intenção.

Atenção: "Os institutos do arrependimento eficaz e da desistência voluntária somente são aplicáveis a delito que não tenha sido consumado" (STJ, 5ª T., AgRg no AgRg no AREsp 1542424, j. 22/09/2020).

4.2. Desistência voluntária

A **desistência voluntária** ocorre quando o agente desiste voluntariamente de prosseguir nos atos executórios e não ocorre a consumação do crime inicialmente almejado (art. 15, 1ª parte). Exemplos:

- O agente, com intenção de matar a vítima, desfere três facadas em seu corpo. Em seguida, podendo prosseguir na execução, desferindo outros golpes, desiste de seu intento, permitindo que a vítima sobreviva. Responderá apenas pela lesão corporal (leve, grave ou gravíssima)
- O agente anuncia o roubo em uma loja e desiste de prosseguir na execução sem nada levar. Responderá por ameaça (art. 147) ou constrangimento ilegal (art. 146), dependendo da forma que se deu a execução. Poderá responder até mesmo por porte ilegal de arma (art. 14 ou 16 da Lei 10.826/03), se a estiver portando.

Obs.: os crimes unissubsistentes, como vimos, se consumam com apenas um ato (não admitem fracionamento da execução). Assim, são incompatíveis com a desistência voluntária. Com a prática do ato executório o crime se consuma (esgota a fase de execução com apenas um ato), e, assim, é impossível desistir de algo terminado.

Tal qual ocorre na tentativa imperfeita, a desistência voluntária pressupõe o não esgotamento do processo executório.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDEP – 2019 – DPE-MG – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A desistência voluntária pode se materializar tanto em hipóteses de tentativa perfeita quanto em casos de tentativa imperfeita".

4.3. Arrependimento eficaz

O **arrependimento eficaz** (*arrependimento ativo ou resipiscência*) se dá quando o agente, depois de realizados os atos executórios aptos a alcançar o resultado (conforme planejado), arrepende-se e voluntariamente pratica uma ação impedindo a produção do resultado, evitando, em razão dela, a consumação do crime inicialmente pretendido (art. 15, 2ª parte). Se ocorrer a consumação o arrependimento não será eficaz.

O arrependimento eficaz se dá depois de finalizados os atos de execução e antes da consumação. Portanto, assim como ocorre na tentativa perfeita, há esgotamento do processo executório.

Importante destacar que, no arrependimento eficaz, o agente já realizou todos os atos necessários para a produção do resultado, restando apenas o desdobramento normal dos seus atos para a sua produção. Por isso deve praticar alguma ação para impedir o resultado. Na desistência voluntária, o agente não realiza os atos necessários para a produção do resultado.

Exemplo: o agente, pretendendo matar a vítima, ministra veneno em sua comida (esgota a fase de execução). Em seguida, arrepende-se e entrega o antídoto à vítima, salvando a sua vida.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O arrependimento eficaz somente se configura (é necessário) em relação à tentativa perfeita".

(FUNDEP – 2019 – DPE-MG – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A desistência voluntária pode se materializar tanto em hipóteses de tentativa perfeita quanto em casos de tentativa imperfeita".

(FCC – 2018 – MP-PB – Promotor de Justiça) O arrependimento eficaz: a) configura-se quando a execução do crime é interrompida pela vontade do agente; b) dá-se após a execução, mas antes da consumação do crime; c) decorre da interrupção casuística do iter criminis; d) é causa inominada de exclusão da ilicitude; d) exige que a manifestação do autor do crime seja posterior à consumação do delito.

Gabarito: B.

(MP-PR – 2017 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A desistência voluntária é compatível com a tentativa acabada e o arrependimento eficaz é compatível com a tentativa inacabada".

(FCC – 2015 – TCM-RJ – Procurador da Procuradoria Especial) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Há arrependimento eficaz, quando o agente, após ter esgotado os meios de que dispunha para a prática do crime, arrepende-se e tenta, sem êxito, por todas as formas, impedir a consumação".

(FCC – 2011 – DPE-RS – Defensor Público) "Miro, em mera discussão com Geraldo a respeito de um terreno disputado por ambos, com a intenção de matá-lo, efetuou três golpes de martelo que atingiram seu desafeto. Imediatamente após o ocorrido, no entanto, quando encerrados os atos executórios do delito, Miro, ao ver Geraldo desmaiado e perdendo sangue, com remorso, passou a socorrer o agredido, levando-o ao hospital, sendo que sua postura foi fundamental para que a morte do ofendido fosse evitada, pois foi providenciada a devida transfusão de sangue. Geraldo sofreu lesões graves, uma vez que correu perigo de vida, segundo auto de exame de corpo de delito. Nesse caso, é correto afirmar: (...) **(B) Incidirá a figura do arrependimento eficaz e Miro responderá por lesões corporais graves**".

Obs.: os crimes de mera conduta e os crimes formais, segundo predomina na doutrina, não admitem arrependimento eficaz, uma vez que, ao esgotar a execução (com a prática da conduta típica), ocorre a consumação, independentemente de qualquer resultado. O arrependimento eficaz é compatível apenas com os crimes materiais: "Assim, uma vez que os crimes formais se consumam no momento da conduta (dispensando resultado naturalístico), são eles incompatíveis com o arrependimento eficaz" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1548430, j. 17/12/2019).

Também não é cabível o arrependimento eficaz nos crimes unissubsistentes (aqueles que não admitem o fracionamento da fase executória). Ao praticar a conduta não há mais espaço para arrependimento, tendo em vista que o crime estará consumado.

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(MP-GO - 2016 - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O arrependimento eficaz é incompatível com crimes formais ou de mera conduta".

(CESPE - 2011 - TRF5 - Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Não se admite desistência voluntária em relação à prática de delito unissubsistente, admitindo-se arrependimento eficaz apenas com relação à prática de crimes materiais".

Ressaltando a matéria:

DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA
- a fase de execução se inicia e é interrompida pelo próprio agente.
- a fase de execução planejada não se esgota.

ARREPENDIMENTO EFICAZ
- a fase de execução se inicia e se esgota.
- o agente, depois de esgotar a fase de execução, pratica novo ato para evitar a consumação.

TENTATIVA PERFEITA/IMPERFEITA (ART. 14, II) E DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA/ ARREPENDIMENTO EFICAZ (ART. 15):

	FASE DE EXECUÇÃO	CONSEQUÊNCIA
Tentativa imperfeita (Inacabada)	Interrompida por ato involuntário.	Causa de diminuição de pena.
Desistência voluntária	Interrompida por ato voluntário.	Responde pelos atos anteriormente praticados.
Tentativa perfeita (acabada)	Fase de execução não é interrompida e se esgota. A consumação não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente.	Causa de diminuição de pena.
Arrependimento eficaz	Fase de execução não é interrompida e se esgota. A consumação não ocorre por ato voluntário do agente.	Responde pelos atos anteriormente praticados.

▸ Como esse assunto cobrado em concurso?

(CESPE - 2017 - TRE-BA - Analista Judiciário) Um indivíduo de dezenove anos de idade, livre, consciente e capaz, dirigiu-se a uma joalheria com a intenção de praticar furto. Na loja, passou-se por cliente e pediu a uma vendedora para ver algumas peças. Enquanto via as joias, aproveitando-se de um descuido da vendedora, o indivíduo colocou um colar de ouro em seu bolso e, em seguida, saiu da loja, sem nada ter comprado. Trinta minutos depois, ele retornou à loja e devolveu a joia, incentivado por sua mãe. Apesar disso, o gerente, representando a joalheria, decidiu registrar boletim de ocorrência sobre o fato em uma delegacia de polícia, e o homem foi indiciado por furto simples. Após o término do inquérito policial, o Ministério Público denunciou o

acusado por furto simples. A denúncia foi recebida pelo juízo competente quatro anos e seis meses depois da prática do delito, com a determinação da citação do acusado. Nesse caso, é possível o reconhecimento de:

a) arrependimento eficaz.

b) desistência voluntária.

c) prescrição da pretensão punitiva.

d) tentativa de furto.

e) crime oco.

Gabarito: C.

(FCC – 2010 – TRE-AL – Analista Judiciário) 'A' ingressa na residência de 'B', sem consentimento, porém desiste de cometer a subtração. Sobre essa hipótese é INCORRETO afirmar que: a) Há desistência voluntária em relação ao furto se o agente pressentiu a impossibilidade de êxito da empreitada criminosa e, por esse motivo, resolveu fugir; b) Há desistência voluntária em relação ao furto se o agente não foi coagido, moral ou materialmente, à interrupção do *iter criminis*; c) Há tentativa punível de furto se a desistência ocorreu em razão do funcionamento do sistema de alarme do imóvel; d) Se a desistência quanto ao furto foi voluntária, o agente responderá, apenas, pelo crime de invasão de domicílio; e) Não há desistência voluntária se o agente suspendeu a execução do furto e continuou a praticá-lo, posteriormente, aproveitando-se dos atos já executados. **Gabarito: A.**

4.4. Natureza jurídica

Diverge a doutrina acerca da natureza jurídica da desistência voluntária e do arrependimento eficaz. Orientações:

1ª) **Causa de extinção da punibilidade ou de isenção de pena** (Hungria, p. 73; Noronha, p. 127; Zaffaroni e Pierangeli, p. 707; Dotti, p. 331; Costa Jr., p. 80; Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, p. 354; Nucci, p. 173; Luiz Regis Prado, p. 468);

2ª) **Causa de exclusão da adequação típica indireta (ausência de tipicidade)** (Fragoso, p. 255; Basileu Garcia, p. 237; Damásio, p. 342; Mirabete, p. 162; Capez, p. 247; Reale júnior, p. 299; Rogério Greco, p. 275). A nosso ver, essa segunda posição é a mais correta, uma vez que a tentativa de um crime é punida em razão da norma de extensão (art. 14, II). Na hipótese do art. 15, essa norma de extensão está sendo afastada, de sorte que também estará afastada a tipicidade da tentativa. Ou seja, não haverá adequação típica indireta ou mediata.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2017 – TJ-SC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Conforme a redação do Código Penal: o arrependimento eficaz, quando pleno, exclui a pena, e quando parcial permite a redução de um a dois terços".

(MP-PR – 2011 – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "Desistência voluntária e arrependimento eficaz: definir o conceito, indicar a estrutura e descrever as teorias sobre exclusão de pena".

Foram consideradas *corretas* as seguintes alternativas:

(CESPE - 2009 - TRE-MA - Analista Judiciário) "A desistência voluntária e o arrependimento eficaz provocam a exclusão da adequação típica indireta, respondendo o autor pelos atos até então praticados e, não, pela tentativa".

(TRT23 - 2008 - Juiz do Trabalho) "I - para determinada corrente doutrinária ambos os institutos penais têm a natureza jurídica de causa pessoal de exclusão de tipicidade; IV - parte da doutrina afirma que ambas as figuras traduzem causa pessoal de exclusão de punibilidade".

Havendo desistência voluntária ou arrependimento eficaz do autor, e se adotada a orientação de que se trata de hipótese de exclusão da tipicidade (afastamento da tipicidade da tentativa do crime), o partícipe não responde pelo crime inicialmente executado, uma vez que a sua *conduta acessória*, segundo a teoria da acessoriedade limitada, somente será punida se ocorrer uma *conduta principal* típica e ilícita. Sendo afastada a tipicidade da *conduta principal*, afasta-se também a tipicidade em relação ao partícipe. Tanto o autor como o partícipe, se for o caso, respondem pelos atos já praticados. Na hipótese de desistência voluntária do partícipe, deverá impedir que o autor atinja a consumação do crime. Caso contrário, por ele responderá.

4.5. Requisitos

Deflui-se do art. 15 os seguintes requisitos:

a) Início de execução;

b) Sua não consumação;

c) Voluntariedade (agir ou deixar de agir sem coação física ou moral).

Obs.: o ato voluntário pode ser *espontâneo* (a vontade de desistir ou de evitar a consumação surgiu da ideia do próprio agente) ou *não espontâneo* (a vontade surge após o agente ser induzido por circunstância externa que não impossibilitaria a consumação do crime). Assim, o **requisito é uma conduta voluntária, não necessariamente espontânea.**

Exemplo: o agente, no interior da casa da vítima, desiste do furto em virtude de um conselho de um terceiro. O ato não foi espontâneo, mas sim voluntário. Saliente-se que o agente, se quisesse, poderia ter prosseguido com a execução do crime.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUMARC - 2018 - PC-MG - Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Não existe desistência voluntária no caso de agente que desiste de prosseguir com os atos de execução por conselho de seu advogado, já que ausente a voluntariedade".

(MP-PR - 2017 - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No transcorrer da realização de atos executivos do crime de furto em residência, o autor A percebe a chegada da polícia e, ao considerar a possibilidade de ser preso em flagrante, abandona o local sem consumar o furto, o que caracteriza a desistência voluntária".

(CESPE – 2016 – TCE-PR – Auditor) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A voluntariedade e a espontaneidade da interrupção da execução do crime são requisitos caracterizadores fundamentais das hipóteses de desistência voluntária".

(CESPE – 2015 – DPU – Defensor Público Federal de Segunda Categoria) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Configura-se a desistência voluntária ainda que não tenha partido espontaneamente do agente a ideia de abandonar o propósito criminoso, com o resultado de deixar de prosseguir na execução do crime".

(FCC – 2015 – TCM-RJ – Procurador da Procuradoria Especial) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Há desistência voluntária quando o agente, embora tenha iniciado a execução de um delito, desiste de prosseguir na realização típica, atendendo sugestão de terceiro".

(CESPE – 2009 – DPE-PI – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Se o agente desiste de continuar a prática de um delito por conselho de terceira pessoa, resta descaracterizada a desistência voluntária".

Os crimes culposos são incompatíveis com a tentativa abandonada (desistência voluntária e arrependimento eficaz), na qual o agente teve a vontade de iniciar a execução do delito e, posteriormente, a vontade de desistir ou evitar o resultado. Ou seja, a tentativa abandonada pressupõe dolo do agente.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2010 – TRT1 – Juiz do Trabalho) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A tentativa abandonada pressupõe resultado que o agente pretendia produzir dolosamente, mas de que, posteriormente, desistiu ou se arrependeu, evitando-o; tal instituto é incompatível com os crimes culposos".

4.6. Tentativa qualificada

Nas hipóteses de arrependimento eficaz e desistência voluntária, **o agente responde pelos atos já praticados** (art. 15, parte final). Conforme Hungria (vol. I, p. 77), ocorre uma **tentativa qualificada**, uma vez que o agente, retirada a tentativa do crime inicialmente pretendido, deve responder pelos atos executórios praticados, ou mesmo pelos próprios atos preparatórios incriminados por si mesmos. Exemplos:

- O agente, pretendendo matar a vítima, desfere um golpe de faca em seu corpo (início da execução do crime de homicídio). Até este momento ocorre a tentativa de homicídio. Em seguida, podendo prosseguir na execução e matar a vítima, desferindo outros golpes, *desiste* voluntariamente de seu intento e, com isso, permite que a vítima sobreviva. Responderá pelos atos executórios anteriormente praticados (lesão corporal leve, grave ou gravíssima, dependendo do resultado) e não por tentativa de homicídio.
- *Responde pelos atos preparatórios incriminados por si mesmos:* o agente invade a casa da vítima com intenção de praticar o furto de uma TV. No interior da residência, ao iniciar a subtração da coisa, desiste voluntariamente

de prosseguir na execução. Responderá pelo crime de violação de domicílio (art. 150), que, no *iter criminis* planejado, é uma mera fase de preparação. Se houvesse a consumação do furto, o crime de violação de domicílio seria absorvido (princípio da consunção).

▸ **Atenção:**

Na tentativa (art. 14, II) e no arrependimento posterior (art. 16) incidirá uma causa de diminuição de pena (1/3 a 2/3), ao passo que na desistência voluntária e no arrependimento eficaz (art. 15) o agente responderá pelos atos já praticados.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FAURGS - 2016 - TJ-RS - Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Adamastor, tomado por ciúmes e agindo com *animus necandi*, desferiu três disparos de arma de fogo calibre .38 contra Bento, que atualmente namora sua ex-companheira Catarina. O primeiro tiro atingiu a região lateral esquerda do pescoço da vítima, enquanto os demais se alojaram na região inferior de sua perna esquerda, próximo ao joelho. Logo após os disparos, contudo, o próprio autor, assustado com o desfecho de sua ação, contatou o SAMU e o Hospital de Pronto Socorro, a fim de que a vítima fosse socorrida e recebesse atendimento médico de urgência, o que efetivamente veio a ocorrer em face do pronto atendimento de uma ambulância. Em que pese não ter corrido risco de vida, Bento recebeu alta médica após permanecer internado durante 45 dias. Pelo exposto, é correto tipificar a conduta de Adamastor como um crime de lesão corporal grave".

(CESPE - 2010 - MPU - Analista Processual) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No sistema penal brasileiro, o arrependimento posterior, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz são causas obrigatórias de diminuição de pena, previstas na parte geral do Código Penal, exigindo-se, para sua incidência, que o fato delituoso tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa".

Obs.: de acordo com o art. 10 da Lei de Terrorismo (Lei n.º 13.260/2016), "*Mesmo antes de iniciada a execução do crime de terrorismo, na hipótese do art. 5º desta Lei, aplicam-se as disposições do art. 15 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal*". Ou seja, não obstante possam ser punidos atos preparatórios (art. 5º), são admissíveis os institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz.

5. ARREPENDIMENTO POSTERIOR

5.1. Definição legal e natureza jurídica

Conforme o art. 16 do CP, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

Trata-se de uma **causa obrigatória de redução de pena**. Constitui providência de política criminal e sua primordial finalidade é incentivar a reparação do dano. O juiz deverá aplicar a redução se preenchidos os requisitos legais, eis que se trata de um direito subjetivo do agente.

PONTE DE OURO / PONTE DE PRATA / PONTE DE DIAMANTE

A tentativa (art. 14, II), a desistência voluntária e o arrependimento eficaz (art. 15) são institutos que incidem durante o momento do crime e antes da consumação. Inclusive, como visto, o art. 15 do CP é considerado pela doutrina penal como uma **ponte de ouro**.

Por outro lado, alguns institutos levam em consideração fatos ou circunstâncias ocorridas depois do *iter criminis*. É o caso do arrependimento posterior e de algumas atenuantes, que incidem para abrandar a pena ou até mesmo para extinguir a punibilidade do agente, como certos casos de colaboração premiada. A doutrina pátria vem denominando estes institutos de **ponte de prata**. No caso de extinção da punibilidade chega-se a denominar de **ponte de prata qualificada** ou **ponte de diamante**.

5.2. Requisitos

1º) ***Crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa:*** aplica-se aos crimes dolosos e culposos; tentados e consumados; simples, privilegiados e qualificados.

VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA

- **Violência imprópria:** há posicionamento no sentido da possibilidade da aplicação do arrependimento posterior nos casos de violência imprópria (ex.: roubo praticado contra pessoa que não possui nenhuma capacidade de resistência em razão de ter sido drogada pelo agente). Discordamos, pois se trata de uma forma de violência contra a pessoa.
- **Atenuante:** se houver a reparação do dano em crimes cometidos com violência ou grave ameaça, incidirá uma circunstância atenuante genérica (CP, art. 65, III, *b*).

2º) ***Reparação do dano ou restituição do objeto material:*** prevalece na doutrina que a reparação deve ser integral, salvo se a vítima aceitar a reparação parcial. Nesse sentido: "A causa de diminuição de pena prevista no artigo 16 do Código Penal (arrependimento posterior), exige a reparação integral, voluntária e tempestiva do dano, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa" (STJ, 6ª T., AgRg no RHC 56.387, j. 16/03/2017). Existem decisões do STF no sentido que a reparação pode ser parcial, o que irá interferir no *quantum* da redução (HC 98658, j. 09/11/2010).

Não é necessário que se trate de um crime contra o patrimônio, mas para que o instituto se aplique deve ser possível que o sujeito repare algum dano, seja físico ou moral, ou que seja possível restituir a coisa. A título de exemplo, o STJ não admitiu a incidência do art. 16 em alguns delitos. Vejamos:

- "Para que seja possível aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, faz-se **necessário que o crime praticado seja patrimonial ou possua efeitos patrimoniais**", afirmando a inviabilidade de reconhecimento do arrependimento posterior na hipótese de crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (STJ, 6ª T., REsp 1561276, j. 28/06/2016).

- "No crime de moeda falsa - cuja consumação se dá com a falsificação da moeda, sendo irrelevante eventual dano patrimonial imposto a terceiros - a vítima é a coletividade como um todo e o bem jurídico tutelado é a fé pública, que não é passível de reparação. 2. Os crimes contra a fé pública, assim como nos demais crimes não patrimoniais em geral, são incompatíveis com o instituto do arrependimento posterior, dada a impossibilidade material de haver reparação do dano causado ou a restituição da coisa subtraída" (STJ, 6ª T., REsp 1242294, j. 18/11/2014).

Obs.: "(...) II - Este Superior Tribunal de Justiça se posicionava no sentido de que o pagamento do débito oriundo do furto de energia elétrica, antes do oferecimento da denúncia, configurava causa de extinção da punibilidade, pela aplicação analógica do disposto no art. 34 da Lei n. 9.249/95 e do art. 9º da Lei n. 10.684/03. III - A Quinta Turma desta Corte, entretanto, no julgamento do AgRg no REsp n. 1.427.350/RJ, modificou a posição anterior, passando a entender que o furto de energia elétrica não pode receber o mesmo tratamento dado aos crimes tributários, considerando serem diversos os bens jurídicos tutelados e, ainda, tendo em vista que a natureza jurídica da remuneração pela prestação de serviço público, no caso de fornecimento de energia elétrica, é de tarifa ou preço público, não possui caráter tributário, em relação ao qual a legislação é expressa e taxativa. IV - 'Nos crimes patrimoniais existe previsão legal específica de causa de diminuição da pena para os casos de pagamento da "dívida" antes do recebimento da denúncia. Em tais hipóteses, o Código Penal, em seu art. 16, prevê o instituto do arrependimento posterior, que em nada afeta a pretensão punitiva, apenas constitui causa de diminuição da pena'" (STJ, 5ª T., HC 412208, j. 20/03/2018). No mesmo sentido: STJ, 6ª T., HC 477622, j. 07/05/2019.

3º) ***Ato voluntário:*** a reparação ou restituição não precisa ser espontânea, bastando ser voluntária (exercida sem coação).

4º) ***Reparação até o recebimento da denúncia ou da queixa:*** caso seja posterior e antes da sentença, será considerada circunstância atenuante genérica (CP, art. 65, III, *b*), e incidirá na segunda fase de aplicação da pena.

Divergência. No caso de concurso de pessoas discute-se se a reparação do dano por um dos agentes se estende aos demais. Orientações:

1ª) Sim, uma vez que a reparação do dano é circunstância objetiva (STJ, Corte Especial, APn 629, j. 28/06/2018). Na doutrina posicionam-se nesse sentido: Rogério Greco, 2011, p. 277; Damásio, 2003, p. 348.

2ª) Não se comunica por se tratar de circunstância pessoal, ou seja, exige-se ato voluntário e pessoal do agente visando a reparar o dano. Nesse sentido: STJ, 5ª T., HC 92.004, j. 05/05/2009, bem como Nucci, 2006, p. 181; Luis Régis Prado, 2007, p. 472-3; Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, 2009, p. 489.

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(MP-SP - 2019 - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O arrependimento posterior, como causa de diminuição de pena entre determinados limites, tem como pressuposto para seu reconhecimento que o crime seja patrimonial, para atender ao requisito da reparação do dano ou da restituição da coisa".

(CESPE – 2018 – Polícia Federal – Delegado de Polícia Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Cristiano, maior e capaz, roubou, mediante emprego de arma de fogo, a bicicleta de um adolescente, tendo-o ameaçado gravemente. Perseguido, Cristiano foi preso, confessou o crime e voluntariamente restituiu a coisa roubada. Nessa situação, a restituição do bem não assegura a Cristiano a redução de um a dois terços da pena, pois o crime foi cometido com grave ameaça à pessoa".

(FUNDATEC – 2018 – PC-RS – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "De acordo com a doutrina, prevalece o entendimento de que em um crime praticado em concurso de agentes, a aplicação da denominada 'ponte de prata', prevista no artigo 16 do Código Penal, quando reconhecida para um, estende-se aos seus comparsas".

(VUNESP – 2017 – CRBio-1ªR – Analista) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Nos crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, o arrependimento posterior isenta de pena o autor do crime, desde que reparado o dano até o recebimento da denúncia ou queixa".

(FCC – 2015 – TCM-RJ – Procurador da Procuradoria Especial) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Em todos os crimes contra o patrimônio, o arrependimento posterior consistente na reparação voluntária e completa do prejuízo causado, implica a redução obrigatória da pena de um a dois terços".

(VUNESP – 2015 – TJ-SP – Juiz de Direito) No arrependimento posterior, o agente busca atenuar os efeitos da sua conduta, sendo, portanto, causa geral de diminuição de pena. Sobre esse instituto, assinale a alternativa *correta*: a) A grave ameaça não o tipifica; b) Pode ocorrer em crime cometido com violência, desde que o agente se retrate até a sentença; c) O dano não precisa ser reparado quando o crime foi sem violência; d) Deve operar-se até o recebimento da denúncia ou queixa. **Gabarito: D.**

(FUNDATEC – 2015 – PGE-RS – Procurador do Estado) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Nos crimes previstos no Código Penal que tenham sido cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o oferecimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços, presente a hipótese do arrependimento posterior".

(MP-SP – 2010 – Promotor de Justiça) *Questão discursiva*: "Em relação ao arrependimento posterior, previsto no Código Penal, quais são os seus requisitos e sua natureza jurídica?"

(CESPE – 2007 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Se for praticado crime contra o patrimônio por dois agentes, sem violência ou grave ameaça à pessoa, e um dos autores do crime restituir a coisa por ato voluntário, antes do recebimento da denúncia, a causa de redução da pena relativa ao arrependimento posterior comunicar-se-á ao coautor".

5.3. Causa de diminuição de pena (*quantum*)

São **critérios para redução da pena (1/3 a 2/3):** sinceridade; presteza; celeridade da reparação. O STJ leva em consideração "a maior ou menor celeridade no ressarcimento do prejuízo à vítima" (REsp 1302566, j. 27/06/2014). Como acima exposto, existem decisões do STF no sentido que a reparação pode ser parcial, o que irá interferir no *quantum* da redução (HC 98658, j. 09/11/2010). Essa redução é efetuada na terceira fase de aplicação da pena (CP, art. 68).

5.4. Outras hipóteses de reparação do dano

Em alguns casos específicos de **reparação do dano** não se aplica o art. 16 (causa de redução de pena a incidir na terceira fase de aplicação da pena). *Exemplos:*

- **CP, art. 65, III, *b*:** circunstância atenuante a ser considerada na segunda fase de aplicação da pena. Aplica-se somente se não preenchidos os requisitos do art. 16.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MG - 2010 - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A reparação do dano faz nascer direito público subjetivo de redução da pena, incidindo na segunda ou na terceira fase de sua fixação, conforme o caso".

- **CP, art. 312, § § 2º e 3º (peculato culposo):** extinção da punibilidade se antes da sentença irrecorrível. Se depois, diminui-se de metade a pena.
- **Súmula 554 do STF:** "O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal". Ou seja, se o pagamento se der antes do recebimento da denúncia, extingue-se a punibilidade.
- **Extinção da punibilidade:** pagamento do tributo (art. 83, § 4º, da Lei n.º 9.430/96).

▸ **Atenção:**

Apesar de não retratar posição consolidada, o STJ já utilizou o princípio da subsidiariedade e o arrependimento como hipótese de **extinção da punibilidade** e não como causa de diminuição de pena. Vejamos: "Apropriação indébita (em razão da profissão). Advogado (verba trabalhista). Restituição do bem antes da denúncia (caso). Punibilidade do fato (extinção). 1. A ação penal proposta contra advogado que deixou de repassar a clientes quantia recebida em razão de ação trabalhista não há de ir adiante quando, antes mesmo do oferecimento da denúncia, ocorreu o ressarcimento dos valores. 2. Ora, se se pode considerar desnecessário o Direito Penal quando possível garantir a segurança e a paz jurídica por meio do Direito Civil, Administrativo ou por meio de medidas preventivas extrajurídicas, mais desnecessário será em caso de restituição do bem apropriado indevidamente. 3. Há, pois, de se responder, com a extinção da punibilidade do fato, à pergunta formulada em caso análogo: 'se o indivíduo que sonegou milhões de reais não responde pelo crime de sonegação caso pague o valor sonegado antes do recebimento da denúncia, por que não dispensar o mesmo tratamento a alguém que comete um delito contra o patrimônio, sem violência, na hipótese da vítima não sofrer prejuízo (por devolução ou restituição dos bens/valores)' 4. Recurso ordinário provido. Extinção da ação penal" (STJ, RHC 25.091, 6ª T, j. 29/09/2009).

6. CRIME IMPOSSÍVEL

6.1. Introdução e natureza jurídica

Ocorre o chamado crime impossível quando, por *ineficácia absoluta do meio de execução* ou por *absoluta impropriedade do objeto*, é impossível a sua

consumação (CP, art. 17). Também chamado de quase crime, tentativa inidônea, tentativa inadequada, tentativa inútil, crime oco.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDATEC – 2018 – PC-RS – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O que a doutrina denomina crime oco, nada mais é do que o crime impossível, também conhecido como quase crime, reconhecido pelo artigo 17 do Código Penal".

(FCC – 2017 – TJ-SC – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Conforme a redação do Código Penal: o crime impossível é tentativa impunível".

(FCC – 2015 – TJ-RR – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Em relação às fases de execução do crime, pode-se assegurar que (...) a desistência voluntária também é conhecida como quase crime ou tentativa impossível".

Nas duas hipóteses de crime impossível (ineficácia absoluta do meio e absoluta impropriedade do objeto) ocorre a **exclusão da tipicidade**, segundo doutrina majoritária. A tentativa (art. 14, II) e o arrependimento posterior (art. 16) são causas de diminuição de pena.

Por outro lado, conforme Zaffaroni e Pierangeli, a tentativa inidônea somente ocorre na hipótese de ineficácia absoluta do meio escolhido, hipótese em que não será *causa de exclusão da tipicidade*, mas sim uma *causa pessoal de exclusão da sanção*, justificada por simples razão de política criminal. De outra parte, de acordo com os autores, haverá causa de *exclusão da tipicidade* no caso de absoluta inidoneidade do *objeto*. No entanto, nesta hipótese, entendem que não é possível falar em tentativa inidônea, pois para que haja tentativa é mister o começo de execução de um delito, ou seja, de uma tipicidade objetiva. Não começa qualquer tipicidade objetiva a mulher que deseja praticar aborto sem estar grávida, nem tampouco aquele que subtrai coisa própria imaginando ser de outrem (*Da tentativa*, 2005, p. 75-79).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz de Direito) Em relação à tipicidade penal, foi considerado *incorreto* afirmar que "é afastada nas hipóteses de crime impossível e arrependimento posterior".

6.2. Teorias

Sobre a aplicação ou não da pena ao crime impossível destacam-se as seguintes teorias:

a) ***Teoria sintomática*** (periculosidade do agente): o agente deve ser punido porque demonstrou periculosidade.

b) ***Teoria subjetiva*** (intenção do agente): o agente deve ser punido porque revelou vontade de praticar o crime.

c) ***Teoria da impressão (teoria mista):*** não descarta a vontade como fundamento da tentativa, mas afirma que o merecimento da pena somente se justifica se a ação afetar a confiança comunitária na vigência do ordenamento jurídico

e no sentimento de segurança jurídica e, assim, da paz pública (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Granada: Comares, 2002, p. 552). Por essa perspectiva, pode-se falar em punição da tentativa inidônea, salvo nos casos de grosseira insensatez do agente, assim considerados os casos de representações despropositadas de relações causais normalmente conhecidas por todos (ex.: derrubar um avião com um tiro de pistola) ou de tentativas inteiramente irreais (ex.: matar o inimigo mediante pacto com o demônio). Nestes casos, uma pessoa instruída não levaria o fato a sério, de modo que não abalaria a confiança da comunidade no ordenamento jurídico (CIRINO, p. 393).

d) ***Teoria objetiva:*** o agente não deve ser punido porque não causou perigo aos bens penalmente tutelados. Divide-se em: ***objetiva pura***: a ineficácia do meio e a impropriedade do objeto podem ser absolutas ou relativas; ***objetiva temperada***: a ineficácia do meio e a impropriedade do objeto devem ser absolutas (**adotada pelo CP**). Caso sejam relativas, permite-se a punição (haverá tentativa). Para fixação:

	Teoria objetiva pura	Teoria objetiva temperada (Código Penal)
Ineficácia ou impropriedade absoluta	Não se pune	Não se pune
Ineficácia ou impropriedade relativa	Não se pune	Pune-se (tentativa)

6.3. Ineficácia absoluta do meio de execução

Ocorre quando o meio de execução utilizado pelo agente é *absolutamente* ineficaz para produzir o resultado pretendido. A conduta não possui nenhuma potencialidade lesiva. Se o meio for *relativamente* ineficaz haverá a tentativa, pois o bem jurídico foi exposto a um perigo de dano.

Exemplos de crime impossível:

- O sujeito, pretendendo matar a vítima, aciona o gatilho com a arma sem munição;
- A falsificação grosseira, facilmente perceptível, não configura crime de falso, mas pode configurar estelionato. Nesse sentido: "Hipótese na qual o laudo pericial aponta a má qualidade da moeda falsificada e as circunstâncias dos autos indicam que ela não possui a capacidade de ludibriar terceiros. 2. 'A utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual' (Súmula n. 73/STJ)" (STJ, 3ª Seção, CC 135.301, j. 08/04/2015).

SISTEMA DE VIGILÂNCIA

- **Súmula 567 do STJ:** "Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto".

➢ Segurança no interior do estabelecimento:

- Exemplo em que configurou crime: "O fato de o paciente ter levantado suspeita dos seguranças do estabelecimento e de ter sido observado durante a ação não caracteriza o instituto do crime impossível, pois não resultou configurada a absoluta ineficácia do meio, tanto é que o agente somente foi capturado no exterior do supermercado e após tentativa de fuga com os bens apreendidos" (STJ, 5ª T., HC 512.059, j. 13/08/2019).
- Exemplo em que configurou crime impossível: "1. A forma específica mediante a qual os funcionários do estabelecimento vítima exerceram a vigilância direta sobre a conduta do paciente, acompanhando ininterruptamente todo o iter criminis, tornou impossível a consumação do crime, dada a ineficácia absoluta do meio empregado. Tanto isso é verdade que, no momento em que se dirigia para a área externada do estabelecimento comercial sem efetuar o pagamento do produto escolhido, o paciente foi abordado na posse do bem, sendo esse restituído à vítima. 2. De rigor, portanto, diante dessas circunstâncias, a incidência do art. 17 do Código Penal, segundo o qual "não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime". 3. Esse entendimento não conduz, automaticamente, à atipicidade de toda e qualquer subtração em estabelecimento comercial que tenha sido monitorada pelo corpo de seguranças ou pelo sistema de vigilância, sendo imprescindível, para se chegar a essa conclusão, a análise individualizada das circunstâncias de cada caso concreto. 4. Recurso provido para conceder a ordem de habeas corpus, reconhecendo-se a atipicidade da conduta imputada ao paciente na Ação Penal 0000802-76.2016.8.24.0039, com fundamento no art. 17 do Código Penal" (STF, 2ª T., RHC 144516, j. 22/08/2017).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

Foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas:

(FCC – 2019 – MP-MT – Promotor de Justiça) "O sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial torna impossível a configuração do crime de furto, em razão da absoluta ineficácia do meio".

(CESPE – 2018 – Polícia Federal – Delegado de Polícia Federal) "Sílvio, maior e capaz, entrou em uma loja que vende aparelhos celulares, com o propósito de furtar algum aparelho. A loja possui sistema de vigilância eletrônica que monitora as ações das pessoas, além de diversos agentes de segurança. Sílvio colocou um aparelho no bolso e, ao tentar sair do local, um dos seguranças o deteve e chamou a polícia. Nessa situação, está configurado o crime impossível por ineficácia absoluta do meio, uma vez que não havia qualquer chance de Sílvio furtar o objeto sem que fosse notado."

(FCC – 2015 – TCM-RJ – Procurador da Procuradoria Especial) "Há crime impossível quando a consumação não ocorre pela utilização de meio relativamente inidôneo para produzir o resultado".

(CESPE – 2010 – DPU – Defensor Público da União) "A presença de sistema eletrônico de vigilância em estabelecimento comercial torna crime impossível a tentativa de furto de um produto desse estabelecimento, por absoluta ineficácia do meio, conforme entendimento consolidado do STJ".

(CESPE - 2009 - BACEN - Procurador) "Se, em um supermercado dotado de sistema eletrônico de vigilância, um cliente colocar diversos objetos do estabelecimento dentro de sua bolsa, com intenção de subtraí-los para si, a simples presença do sistema eletrônico de vigilância no supermercado tornará o crime impossível".

Obs.: não se pode confundir ***tentativa inidônea*** com ***delito putativo por erro de proibição*** **(erro de proibição invertido)**. Neste, o agente pratica um fato que entende ser criminoso, mas, como não existe norma de proibição (incriminadora), pratica uma conduta atípica. Ex.: João e Maria praticam incesto imaginando que se trata de crime. No entanto, não existe norma de proibição para esse fato. Trata-se do chamado **delito de alucinação**.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR - 2017 - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A tentativa inidônea é impunível, por ineficácia absoluta do meio ou impropriedade absoluta do objeto, mas o denominado delito de alucinação, que contempla situações de erro de proibição ao contrário, admite hipóteses de punição".

6.4. Absoluta impropriedade do objeto material

Não há como consumar o crime em virtude do próprio objeto material (pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta do agente). Ocorre no caso de *impropriedade* do objeto material (circunstância em que ele se encontra) ou até mesmo pela sua *inexistência*. Nesses casos, resta impossível a produção do resultado almejado pelo agente.

Exemplos: desferir facadas em um cadáver; mulher ingere remédio abortivo supondo estar grávida.

Esta modalidade de crime impossível caracteriza o delito putativo por erro de tipo. Isto porque o agente possui a intenção de praticar o delito, que não ocorre ante a ausência de um dos elementos do tipo. Da mesma forma que na ineficácia do meio de execução, para que configure crime impossível é preciso que a impropriedade do objeto seja absoluta.

Questão: configura tentativa de furto (art. 14, II) ou crime impossível (art. 17) a conduta do agente que, com a intenção de subtrair a carteira da vítima, não encontra nada, pois a vítima não a trazia consigo? Respostas (orientações): **1ª)** predomina que configura crime impossível, ante a absoluta ausência do objeto material. Caso a carteira estivesse no outro bolso, haveria tentativa de furto; **2ª)** trata-se de crime de furto tentado, pois ocorreu apenas uma "ausência ocasional" da carteira. Diversa seria a solução em hipótese de "ausência habitual" (Nelson Hungria, ob. cit., p. 28; Fragoso, ob. cit. p. 268).

6.5. Flagrante preparado ou provocado

Conforme enunciado da **Súmula 145 do STF**: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". Trata-se

de hipótese de flagrante preparado ou provocado, pois a autoridade policial ou terceiro induz ou instiga o agente a praticar o crime. Também chamado de **crime de ensaio, delito de laboratório e, crime putativo por obra do agente provocador.**

A propósito: "1. A agravante foi condenada pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06, porquanto, na qualidade de médica, prescreveu 3 caixas de Bromazepam, 6 miligramas, sem prévia consulta, mediante o pagamento de R$ 10,00. 2. O fato foi noticiado por produção jornalística, mediante contato telefônico de paciente fictício, integrante da equipe de reportagem identificado com nome falso, a quem foi posteriormente entregue receituário sem comparecimento ao consultório médico. 3. Configurado crime impossível, na modalidade **crime de ensaio**, nos termos do art. 17 do CP e Súmula 145/STF, porquanto demonstrada flagrante indução do sujeito ativo do delito por terceiro, que se passou por falso paciente, a fim de solicitar prescrição de medicamento sem prévio exame clínico. 4. Agravo regimental provido para absolver a recorrente, com efeitos extensivos à corré V C B, ante a ocorrência de crime impossível" (STJ, 6ª T., AgRg nos EDcl no AREsp 1184410, j. 18/09/2018).

▸ **Importante:**

Não se pode confundir **flagrante provocado ou preparado** (hipótese de tentativa inidônea) com **flagrante esperado** (intervenção predisposta de autoridade). Neste, a polícia não induz nem instiga o agente a praticar o crime, mas, ao saber que ocorrerá, apenas espera o início da realização da conduta típica. Portanto, no flagrante esperado ocorrerá a tentativa do delito.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – TJ-SC – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Constitui crime impossível a prática de conduta delituosa induzida por terceiro que assegure a impossibilidade fática da consumação do delito".

(CESPE – 2019 – TJ-PR – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Constitui crime impossível a prática de conduta delituosa induzida por terceiro que assegure a impossibilidade fática da consumação do delito".

(MP-MG – 2010 – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "Disserte sobre a tentativa, abordando, necessariamente, os seguintes tópicos: a) subsunção/natureza jurídica do conatus; b) natureza jurídica da tentativa abandonada e da tentativa qualificada; c) delito de alucinação e tentativa inidônea; d) intervenção predisposta da autoridade e crime de ensaio".

(MP-MG – 2010 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A tentativa inidônea ou inadequada identifica a hipótese denominada pela doutrina de crime de flagrante esperado".

6.6. Agente policial disfarçado

O Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19, com vigência a partir de 23/01/2020) incluiu ao ordenamento jurídico-penal a figura do "agente disfarçado":

- **Art. 17, § 2º, do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03):** "Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente".
- **Art. 18, parágrafo único, do Estatuto do Desarmamento (Lei º 10.826/03):** "Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente".
- **Art. 33, § 1º, IV, da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06):** "vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente".

Não se pode confundir "agente provocador", que é hipótese de crime impossível (Súmula 145 do STF), com "agente disfarçado", que, ao lado da ação controlada (art. 8º da Lei nº 12.850/13) e da infiltração de policiais em organizações criminosas (art. 10 da Lei nº 12.850/13), se caracteriza como técnica nova de investigação de delitos relacionados à venda ilegal de armas e drogas.

O **agente provocador** intervém de modo excessivo e desproporcional na cadeia causal, quebrando a neutralidade da investigação criminal e concorrendo decisivamente para o evento criminoso. O agente, como o próprio nome indica, provoca a prática criminosa, ao mesmo tempo em que toma todas as providências para evitar a consumação. Ex.: policial, sem qualquer levantamento prévio, passa-se por usuário para prender em flagrante o traficante.

Obs.: no exemplo acima só haverá crime impossível no verbo "vender". Como o traficante, antes da venda, já "guardava", "tinha em depósito" ou "trazia consigo" o entorpecente, que são condutas permanentes, poderá haver a prisão em flagrante. Lembre-se que o crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06) é um tipo misto alternativo.

Nesse sentido: "1. No flagrante preparado, a polícia provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede a sua consumação, cuidando-se, assim, de crime impossível, ao passo que no flagrante forjado a conduta do agente é criada pela polícia, tratando-se de fato atípico. 2. No caso dos autos, embora os policiais tenham simulado a compra do entorpecente e a transação não haver se consumado em razão da prisão em flagrante dos acusados, o certo é que, antes mesmo do referido fato, o crime de tráfico já havia se consumado em razão de os réus guardarem e terem em depósito os diversos tóxicos mencionados na denúncia, conduta que, a toda evidência não foi instigada ou induzida pelos agentes, o que afasta a mácula suscitada na impetração. Precedentes do STJ e do STF" (STJ, 5ª T., HC 369.677, j. 14/02/2017). Ainda: "A jurisprudência deste Tribunal Superior entende que, em se tratando das condutas de 'guardar', 'transportar' e

'trazer consigo', o tráfico de drogas é delito de natureza permanente e a prática criminosa, in casu, se consumou antes mesmo da atuação policial, o que afasta a alegação de flagrante preparado" (STJ, 5ª T., HC 510661, j. 17/10/2019); "Afasta-se a alegação de flagrante preparado quando a atividade policial não provoca nem induz o cometimento do crime, sobretudo em relação ao tipo do crime de tráfico ilícito de drogas, que é de ação múltipla, consumando-se já pela conduta de guardar e manter em depósito a substância entorpecente" (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 1637754, j. 19/05/2020).

O **agente disfarçado** não interfere no curso causal, ou seja, não provoca o crime (ao contrário do **agente provocador**) e nem angaria a confiança do grupo criminoso (ao contrário do **agente infiltrado**). Trata-se de agente da segurança pública que, sem revelar sua identidade, investiga crimes durante seu trabalho rotineiro. Ex.: depois de apurar o fato e demonstrar a presença de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, policial percebe que o investigado vende drogas de forma habitual; assim, passando-se por usuário, entabula negociação com o traficante e o prende no momento da venda do entorpecente. A prisão é lícita, afastando-se o crime impossível diante da **existência de suporte fático** para a nova figura delituosa (no exemplo, haveria incidência do inciso IV do § 1º do artigo 33 da Lei de Drogas).

Atenção: a atuação do agente policial disfarçado somente terá validade se for comprovada a presença de **elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente**.

Capítulo X

Ilicitude (antijuridicidade)

1. INTRODUÇÃO

1.1. Conceito

Ilicitude é a contrariedade do fato com o ordenamento jurídico. **Praticado um fato típico presume-se a ilicitude**, que poderá ser afastada diante de alguma *descriminante* (causa de exclusão de ilicitude). A ilicitude é o segundo elemento do crime (crime em seu conceito formal ou analítico).

Exemplo: 'A' causou lesões corporais em 'B' (fato típico) ao defender-se de uma agressão injusta e atual. 'A' usou moderadamente dos meios necessários para repelir a agressão ao seu direito. Nesse caso, embora 'A' tenha praticado um **fato típico** (1º elemento do crime), a **ilicitude** será afastada diante da causa de exclusão denominada legítima defesa (arts. 23, II, e 25). Não há crime se incidir uma das excludentes da ilicitude.

CRIME		PRESSUPOSTO DA PENA
Fato típico	**Ilicitude**	**Culpabilidade**
1. Conduta 2. Resultado 3. Nexo causal 4. Tipicidade	Fato contrário ao ordenamento jurídico	1. Imputabilidade 2. Potencial consciência da ilicitude 3. Exigibilidade de conduta diversa

ou

CRIME		
Fato típico	**Ilicitude**	**Culpabilidade**
1. Conduta 2. Resultado 3. Nexo causal 4. Tipicidade	Fato contrário ao ordenamento jurídico	1. Imputabilidade 2. Potencial consciência da ilicitude 3. Exigibilidade de conduta diversa

1.2. Ilicitude formal e ilicitude material

Parte da doutrina classifica a antijuridicidade (ilicitude) em: 1) *antijuridicidade formal:* conduta humana que contraria a norma penal; 2) *antijuridicidade material:* conduta humana que causa lesão ao bem ou interesse tutelado pela norma. Essa distinção procede de Liszt (cf. Giuseppe Bettiol, *Direito Penal*, p. 377).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2009 - TRF5 - Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Franz Von Liszt estabeleceu distinção entre ilicitude formal e material, asseverando que é formalmente antijurídico todo comportamento humano que viola a norma penal, ao passo que é substancialmente antijurídico o comportamento humano que fere o interesse social tutelado pela própria norma".

Entretanto, segundo a concepção unitária, a distinção de antijuridicidade formal e material é dispensável, pois só se pode afirmar que um fato é antijurídico na hipótese de ser considerado lesivo ao bem jurídico, de modo que a ilicitude é sempre material.

De acordo com Assis Toledo, a "*ilicitude* é a relação de antagonismo que se estabelece entre uma conduta humana voluntária e o ordenamento jurídico, de modo a causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem jurídico tutelado" (*Princípios Básicos de Direito Penal*, 2000, p. 10).

Asseveram Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina que o conteúdo do que se chamava antijuridicidade material (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) foi deslocado para o âmbito da tipicidade. Não se perdeu, apenas se deslocou (*Direito Penal. Parte Geral*, v. 2, 2009, p. 308). Razão assiste aos citados autores, pois com o aumento do campo da tipicidade (aspecto material) a ilicitude perdeu espaço, sendo que a análise se houve ou não lesão ao bem jurídico tutelado é realizada na tipicidade em sua perspectiva material.

1.3. Causas legais de exclusão da ilicitude

Nos termos do art. 23 do CP, **não há crime** quando o agente pratica o fato em: I - estado de necessidade; II - legítima defesa; III - estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. O art. 23 elenca quatro excludentes, sendo que o art. 24 traz os requisitos do estado de necessidade e o art. 25 os da legítima defesa.

Além dessas, outras causas de exclusão da ilicitude estão previstas na parte especial do CP e na legislação penal especial. Ex.: art. 128, I, do CP (aborto necessário).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBFC - 2018 - TRF2 - Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Ainda a respeito da disciplina da ilicitude, é possível constatar que o nosso Código Penal relaciona quatro causas de exclusão da ilicitude, mas apenas explicitou conceitualmente duas delas em sua Parte Geral".

USO DE FORÇA LETAL

O Pacote Anticrime (Lei nº 13.964, de 24/12/19, com vigência a partir do dia 23/01/2020), incluiu o art. 14-A ao Código de Processo Penal:

Art. 14-A – Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor.

§ 1º – Para os casos previstos no *caput* deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º – Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado. (...)

§ 6º – As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.

1.4. Causas supralegais de exclusão da ilicitude

Em razão do princípio da legalidade penal é proibida a analogia incriminadora (analogia *in malam partem*), bem como utilização dos costumes e dos princípios gerais do direito para criar crimes e cominar penas.

Entretanto, essa proibição não se estende às normas penais não incriminadoras (ex.: causas de exclusão da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade). Assim, como é impossível ao legislador prever todas as causas de exclusão da ilicitude, o intérprete, diante do caso concreto, deve buscar a justa solução. Decorre desse raciocínio a possibilidade de serem aceitas causas supralegais de exclusão da ilicitude.

Como exemplo pode ser citado o **consentimento do ofendido**, quando envolver bem jurídico disponível e capacidade de consentir sem qualquer vício de vontade.

Exemplo: 'A' (maior e capaz) previamente consente que 'B' destrua seu veículo. 'B' praticou um fato típico (art. 163 do CP), mas a ilicitude é afastada pelo consentimento de 'A'.

▸ **EXCLUSÃO DA TIPICIDADE**

Em alguns casos o **consentimento do ofendido** pode funcionar como **causa excludente da tipicidade** no aspecto formal. Isso ocorre quando o consentimento constitui elemento integrante do tipo penal. Ex.: só se realiza o tipo penal (violação de domicílio – art. 150 do CP) se o agente entrar em casa alheia contra a vontade de quem de direito. Se houver o consentimento não há tipicidade.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerado *correto* afirmar que "o consentimento do ofendido, às vezes, pode afastar a própria tipicidade da conduta e, em outras, constituir causa supralegal de exclusão da ilicitude, segundo entendimento doutrinário".

(IBFC – 2018 – TRF2 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O consentimento do ofendido é causa de extinção da tipicidade, sempre que apreça expressa ou tacitamente no tipo de injusto, como condição que deve estar necessariamente presente para funcionar como excludente".

(IBADE – 2017 – PC-AC – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O consentimento, para ser válido, pressupõe que o titular do bem jurídico atingido possua capacidade de entendimento quanto ao caráter e à extensão da autorização".

(FCC – 2015 – TJ-AL – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O consentimento do ofendido pode conduzir à exclusão da tipicidade".

(MP-BA – 2015 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O consentimento do ofendido só é admitido em caso de bem jurídico disponível e capacidade do ofendido para consentir".

(MP-MG – 2010 – Promotor de Justiça) Considerando as funções que o consentimento do ofendido desempenha na área penal, assinale a alternativa *Incorreta*. A) Elemento essencial do tipo. B) Causa de exclusão da tipicidade. C) Causa de exclusão da ilicitude. D) Causa de extinção da punibilidade. **Gabarito: D.**

2. ESTADO DE NECESSIDADE

2.1. Conceito legal

> **Art. 24.** Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.
>
> **§ 1º.** Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.
>
> **§ 2º.** Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Estado de necessidade é uma situação de perigo atual a um direito em que a lei **faculta** ao agente, preenchidos os requisitos legais (art. 24), a **prática de uma conduta lesiva** a direito de outrem para salvaguardar um direito próprio ou de terceiro.

2.2. Requisitos

REQUISITOS DO ESTADO DE NECESSIDADE	
Situação de perigo	**Fato lesivo**
• Perigo atual • Ameaça a direito próprio ou alheio • Situação não causada voluntariamente pelo sujeito • Inexistência de dever legal de enfrentar o perigo	• Inevitabilidade da prática do fato lesivo • Razoabilidade

2.2.1. *Perigo atual*

É o perigo que está ocorrendo; é o perigo presente, concreto, ou seja, é a probabilidade de se efetivar um dano ao bem. A lei não menciona expressamente o perigo *iminente*, mas na expressão "*perigo atual*" está abrangido o "*perigo iminente*", tendo em vista que perigo é *probabilidade de dano*. O que não se aceita é um perigo remoto ou incerto. A situação de perigo pode ser oriunda de conduta humana, de fato de um ser irracional ou de força da natureza.

2.2.2. *Ameaça a direito próprio ou alheio*

Direito abrange qualquer bem ou interesse protegido pelo ordenamento jurídico.

2.2.3. *Situação de perigo não causada voluntariamente pelo sujeito*

Não haverá a excludente na hipótese de ter o agente causado a situação de perigo por sua própria vontade.

Questão: poderá ser invocado o estado de necessidade pelo agente que causou **culposamente** a situação de perigo? Resposta (orientações): 1ª) sim, pois o art. 24 só afasta a excludente se a situação de perigo for causada *voluntariamente* (leia-se: **dolosamente**) pelo agente. No caso de **culpa** não há impedimento legal (Fragoso, Damásio, Anibal Bruno, Basileu Garcia, Greco); 2ª) não. Se o agente por **dolo** ou **culpa** causar a situação de perigo não poderá depois praticar uma conduta lesiva para salvaguardar seu direito que ele próprio expôs a perigo (Hungria, Frederico Marques, Assis Toledo, Mirabete).

2.2.4. *Inexistência de dever legal de enfrentar o perigo (§ 1º)*

Determinados sujeitos têm o dever legal de enfrentar situações de perigo, como o caso de bombeiros e policiais, de forma que não podem alegar estado de necessidade no exercício dessas atividades.

Exemplo (Hungria): capitão do navio sinistrado é legalmente obrigado a permanecer até a saída do último passageiro. Assim, se o capitão mata alguém que tenta impedi-lo de entrar no bote de salvação, antes que os demais passageiros tenham saído do navio, não poderá invocar o estado de necessidade.

Segundo parte da doutrina, a expressão *dever legal* não admite extensão (Hungria). Para outra corrente (Costa e Silva, Bento de Faria), abrange outros *deveres jurídicos*, como o contratual.

2.2.5. *Inevitabilidade da prática do fato lesivo (nem podia de outro modo evitar)*

Deve-se analisar se era possível ao agente salvaguardar o direito sem a prática da conduta lesiva. O estado de necessidade é *subsidiário*, isto é, somente se configura se o sujeito não podia afastar o perigo sem causar lesão ao bem jurídico de terceiro. Para analisar se o autor podia ou não evitar o dano, deve

o juiz apreciar o fato lesivo *ex ante*, e não após a sua prática (*ex post*). Caso não possa evitar o dano sem a prática do fato lesivo, o agente deve escolher a conduta menos gravosa para a vítima.

Obs.: Não configura estado de necessidade se a conduta lesiva for um crime permanente ou habitual, tendo em vista que não se terá o perigo atual nem será inevitável a sua prática.

2.2.6. *Inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado (cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se)*

A lei não estabelece que o *bem protegido* deva ser maior, igual ou de menor valor que o *bem lesado*, mas impõe como requisito a *razoabilidade*. Mesmo assim, existem orientações diversas sobre o tema:

1ª) A lei não determina que haja balanço de bens (bem de menor, igual ou maior valor). Poderá ocorrer o estado de necessidade independente da valoração do bem jurídico protegido (não sacrificado) em relação ao bem jurídico lesado (sacrificado), desde que seja *razoável* a prática do fato lesivo. Entende Hungria que "a ação necessitada não deixa de ser legítima porque os interesses em conflito sejam de valor idêntico ou aproximadamente equivalentes" (HUNGRIA, Nélson, *op. cit.*, p. 223).

2ª) O bem jurídico protegido (não sacrificado) deve ser de *igual* ou de *maior* valor que o bem jurídico lesado (sacrificado). Nesse sentido: Aníbal Bruno (*Direito Penal. Parte Geral.* Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 397). *Exemplo:* o náufrago que mata o outro por afogamento para ficar com o colete salva-vidas pratica um fato típico, mas lícito (age em estado de necessidade), pois praticou lesão a bem jurídico de igual valor ao bem jurídico protegido.

3ª) O bem protegido (não sacrificado) deve ser de *maior* valor (bem preponderante) que o bem sacrificado. Desse modo, não ocorrerá a justificativa se o bem protegido for de igual ou menor valor que o bem sacrificado (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 391). *Exemplo:* o náufrago que mata o outro por afogamento para ficar com o colete salva-vidas pratica um fato típico e ilícito (não age em estado de necessidade), pois praticou lesão a bem jurídico de igual valor ao bem jurídico protegido. Entretanto, será isento de pena (afasta-se a culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa).

De acordo com o § 2º, *"embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços". Exemplo:* supondo que em razão do perigo atual, não causado voluntariamente, o agente para salvar seu patrimônio de pequeno valor mate uma pessoa. Mesmo que se mostrasse inevitável a conduta lesiva, no caso seria razoável exigir do agente o sacrifício do seu patrimônio. Com efeito, não será reconhecida a excludente da ilicitude, mas o juiz deverá diminuir a pena de um a dois terços.

Entretanto, nada impede que em determinados casos se reconheça uma causa supralegal de *inexigibilidade de conduta diversa*, caso em que haverá a isenção de pena pela exclusão da culpabilidade.

2.2.7. *Elemento subjetivo do tipo permissivo*

Segundo a teoria finalista (Welzel), o sujeito precisa ter consciência da situação justificante (elemento subjetivo), ou seja, deve ter conhecimento que sua conduta lesiva visa a *salvar de perigo atual direito próprio ou alheio*.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2015 – PC-CE – Delegado de Polícia Civil de 1ª Classe) "Considera-se em estado de necessidade quem: a) pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, ainda que nas circunstâncias seja exigível sacrifício; b) exclusivamente em situação de calamidade pública, pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se; c) pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se; d) exclusivamente em situação de calamidade pública, pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio (excluído direito alheio), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se; e) pratica o fato para salvar de perigo iminente ou atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, ainda que nas circunstâncias seja exigível sacrifício". **Gabarito: C.**

(CESPE – 2008 – TJ-AL – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No estado de necessidade, aplica-se a excludente ainda que o sujeito não tenha conhecimento de que age para salvar um bem jurídico próprio ou alheio".

Exemplo extraído da jurisprudência: "Em 21/5/2012, por volta das 9h30min, no Posto de Saúde em Florianópolis/SC, para satisfazer a pretensão que acreditava ter direito – obter para sua esposa ataduras, gazes, uma faixa e o medicamento, óleo para cicatrizar Dersani –, o agravado fez justiça com as próprias mãos (art. 345 do CP), utilizando-se de grave ameaça com arma de fogo contra a vítima, técnica em enfermagem". ***Decisão:*** "Aplicável ao caso o denominado estado de necessidade. A mulher do réu necessitava de tratamento médico e de medicamentos. Por conseguinte, foi necessário que o sujeito atuasse para evitar um perigo atual, isto é, com a probabilidade de dano, presente e imediata, ao bem jurídico (saúde de sua mulher), nos termos do art. 24 do Código Penal (causa excludente de antijuricidade)" (STJ, AgRg no REsp 1472834, 6ª T., j. 07/05/2015).

2.3. Formas de estado de necessidade

a) ***Estado de necessidade próprio:*** proteção de direito do próprio agente. ***Estado de necessidade de terceiro:*** proteção de direito de terceiro.

b) ***Estado de necessidade real:*** é o disposto no art. 24 do Código Penal, ou seja, existe uma real situação de perigo. ***Estado de necessidade putativo:*** o agente supõe a existência da situação real de perigo (art. 20, § 1º, do CP), ou erra sobre os limites da excludente (art.21 do CP), imaginando que pratica um fato lícito.

c) ***Estado de necessidade agressivo:*** a conduta lesiva recai sobre direito de quem não concorreu para a produção da situação de perigo (terceiro inocente). ***Estado de necessidade defensivo:*** a conduta lesiva recai sobre direito de quem concorreu para a produção da situação de perigo.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O estado de necessidade defensivo ocorre quando a conduta do agente atinge um bem jurídico de terceiro inocente".

(PUC-PR – 2017 – TJ-MS – Analista Judiciário) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O estado de necessidade agressivo é aquele em que o agente, para preservar bem jurídico próprio ou de terceira pessoa, pratica o ato necessitado contra bem jurídico pertencente a terceiro inocente".

d) ***Estado de necessidade justificante:*** causa de exclusão da ilicitude. ***Estado de necessidade exculpante:*** causa de exclusão da culpabilidade.

2.4. Teorias

2.4.1. *Teoria diferenciadora*

O estado de necessidade poderá ser *causa de exclusão da ilicitude* ou de *exclusão da culpabilidade*. Considera a variação de valor dos bens em conflito (balanço dos bens). Se o bem protegido pelo agente for de valor superior ao bem sacrificado haverá exclusão da ilicitude (estado de necessidade *justificante*). *Exemplo:* para salvaguardar a vida (maior valor) o sujeito vem a lesar o patrimônio (menor valor). Caso o bem protegido seja de valor inferior ou igual ao bem sacrificado poderá haver a exclusão da culpabilidade (estado de necessidade *exculpante*). *Exemplo:* 'A', para proteger a sua vida, vem a matar 'B' (bens de igual valor). **Não é a posição acolhida pelo Código Penal.**

Obs.: o Código Penal Militar adota a teoria diferenciadora.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR – 2019 – Promotor de Justiça) Possidônio, orgulhoso do novo automóvel que acaba de comprar, dirige-se até o Bar Amizade para mostrar sua nova aquisição aos seus amigos. Ocorre que no local se encontrava, um tanto quanto embriagado, a pessoa de Típico. Este, tomado de intensa inveja de Possidônio, passa a desferir chutes em seu automóvel. Possidônio, a fim de fazer parar a ação de Típico, agarra uma das cadeiras de metal do bar e desfere um violento golpe contra as costas de Típico, fazendo com que este caia desmaiado no solo, com a clavícula quebrada. Neste caso

é correto afirmar que Possidônio agiu em: a) Estado de necessidade justificante, segundo a teoria diferenciadora, excluindo a antijuridicidade. b) Estado de necessidade justificante, segundo a teoria diferenciadora, excluindo a culpabilidade. c) Estado de necessidade exculpante, segundo a teoria diferenciadora, excluindo a antijuridicidade. d) Estado de necessidade exculpante, segundo a teoria diferenciadora, excluindo a culpabilidade. e) Em exercício regular de um direito. **Gabarito: D.**

(CESPE – 2010 – TRT1 – Juiz do Trabalho) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Em relação ao estado de necessidade, o Código Penal brasileiro adotou a teoria diferenciadora ou da diferenciação, que determina a ponderação entre os valores dos bens e deveres em conflito, de maneira que o estado de necessidade somente exclua a ilicitude quando o bem sacrificado for reputado de menor valor; caso contrário, o estado de necessidade será causa de exclusão da culpabilidade".

(DPE-RJ – 2005 – Defensor Público) *Questão discursiva:* "Qual foi a teoria adotada pelo Código Penal Militar no que diz respeito ao estado de necessidade? Justifique e fundamente a resposta".

2.4.2. *Teoria unitária (adotada pelo CP)*

O estado de necessidade sempre será **causa de exclusão da ilicitude** (*estado de necessidade justificante*). O art. 24 do CP não considera expressamente o balanço de bens, exigindo-se apenas o critério da razoabilidade.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O Código Penal Brasileiro adotou a teoria unitária do estado de necessidade".

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No CP brasileiro, a situação correspondente ao estado de necessidade somente exclui a ilicitude do fato, e por isso não afeta a culpabilidade da conduta". Obs.: a conduta não está na culpabilidade, mas sim no fato típico.

(FUNDEP – 2019 – DPE-MG – Defensor Público) Sobre as causas de justificação, analise as afirmativas a seguir. I. O Código Penal brasileiro, de acordo com o entendimento majoritário na doutrina, consagra o estado de necessidade somente como excludente da antijuridicidade, ou seja, justificante, enquanto o Código Penal Militar consagra o estado de necessidade exculpante. II. Segundo a doutrina majoritária, o Código Penal brasileiro adota a teoria diferenciadora do estado de necessidade, que se contrapõe à teoria unitária. III. De acordo com a doutrina dominante, o estado de necessidade exculpante se configura quando o bem ou interesse sacrificado for de igual ou maior valor do que o bem protegido; o estado de necessidade justificante se configura quando o bem ou interesse sacrificado for de menor valor ao que se salva. IV. Para caracterizar o estado de necessidade, é suficiente o conhecimento objetivo da situação de perigo, a exemplo do que ocorre com as demais causas justificantes. É desnecessário que o agente aja com o objetivo de salvar um bem próprio ou alheio do perigo. V. Para a caracterização do estado de necessidade, entre outros requisitos, é indiferente que a situação de perigo tenha sido causada por conduta humana ou decorra de fato natural, sendo suficiente que o exercício da ação de salvaguarda não se caracterize como uma reação contra o agressor. Está correto o que se afirma em: a) IV e V, apenas. b) I e V, apenas. c) I e II, apenas. d) II e III, apenas. **Gabarito: B.**

(CESPE – 2009 – DPE-AL – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Quanto ao estado de necessidade, o CP brasileiro adotou a teoria da diferenciação, que só admite a incidência da referida excludente de ilicitude quando o bem sacrificado for de menor valor que o protegido".

(CESPE – 2007 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Para a teoria unitária, diferentemente do que ocorre com a teoria diferenciadora, todo estado de necessidade é justificante, inexistindo estado de necessidade exculpante".

(CESPE – 2008 – TJ-AL – Juiz de Direito) *Questão discursiva*: "Qual a distinção entre estado de necessidade exculpante e justificante? Responda fundamentadamente, exemplificando".

3. LEGÍTIMA DEFESA

Conforme art. 25 do CP, entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

3.1. Requisitos

3.1.1. *Agressão*

Conduta humana que expõe a perigo ou lesa direitos. A agressão pode ser por omissão, como no caso de quem está obrigado a agir e não age (o carcereiro que mantém o sujeito preso ilicitamente). Matar animais para se proteger não configura legítima defesa, mas pode configurar estado de necessidade. Isto porque não existe agressão humana. Entretanto, se o animal for açulado por alguém, pode configurar legítima defesa, pois nesse caso existe uma agressão humana.

3.1.2. *Agressão injusta*

É a agressão ilícita, mesmo que não seja um injusto penal, sendo necessário apenas que a agressão constitua contrariedade ao direito (ilicitude genérica). É apurada de forma objetiva, independentemente da consciência da ilicitude do agressor. Predomina na doutrina que um inimputável pode praticar uma agressão injusta, mesmo não tendo consciência desta injustiça. Em sentido contrário, para Hungria, não se pode alegar legítima defesa em relação a uma agressão praticada por inimputável, mas sim estado de necessidade.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FGV – 2017 – TRT12 – Analista Judiciário) Oficial de Justiça ingressa em comunidade no interior do Estado de Santa Catarina para realizar intimação de morador do local. Quando chega à rua, porém, depara-se com a situação em que um inimputável em razão de doença mental está atacando com um pedaço de madeira uma jovem de 22 anos que apenas caminhava pela localidade. Verificando que a vida da jovem estava em risco e não havendo outra forma de protegê-la, pega um outro pedaço de pau que estava no chão e desfere golpe no inimputável, causando lesão corporal de natureza grave. Com base apenas nas informações narradas, é correto afirmar que, de acordo com a doutrina majoritária, a conduta do Oficial de Justiça:

a) não configura crime, em razão da atipicidade;

b) não configura crime, em razão do estado de necessidade;

c) configura crime, mas o resultado somente poderá ser imputado a título de culpa, em razão do estado de necessidade;

d) não configura crime, em razão da legítima defesa;

e) configura crime, tendo em vista que não havia direito próprio do Oficial de Justiça em risco para ser protegido.

Gabarito: D.

A agressão injusta pode ser dolosa ou culposa (Luiz Flávio Gomes, p. 317; Queiroz, 309; Flávio Monteiro de Barros, p. 328; Mirabete, p. 206; Damásio, p. 388; Bettiol, p. 423). No sentido de que se a agressão for culposa não se admite legítima defesa, mas sim estado de necessidade: Luiz Regis Prado, p. 404.

Não se deve confundir agressão injusta com provocação injusta. Uma agressão pode ser uma provocação, como, por exemplo, dar um tapa na cabeça para incitar uma briga. Entretanto, nem toda provocação constitui uma agressão. *Exemplo:* proferir palavras ou insultos contra alguém sem que haja ofensa a sua honra. Segundo Hungria, a injustiça da provocação deve ser analisada objetivamente, pois uma conduta que para a opinião geral se caracteriza uma mera provocação para alguém mais sensível pode ser uma agressão. Ressalte-se que um dos requisitos da legítima defesa é que ocorra uma *agressão* injusta e não uma *provocação* injusta. Quem reage a uma provocação não estará em legítima defesa. Pode até ser beneficiado por uma causa de diminuição, se houver previsão, ou pela atenuante genérica (CP, art. 65, III, *c*).

Segundo predomina na doutrina, não pode o agente *provocar* outrem esperando uma agressão deste **(pretexto de legítima defesa)**, para que, sob a justificativa dessa agressão, agir em legítima defesa.

3.1.3. Agressão atual ou iminente

Agressão atual é a que se encontra presente. Iminente é a que está prestes a ocorrer. Cessada a agressão, não há que se falar mais em reação (repulsa) por parte do agredido. Por outro lado, se houver a prenunciação de uma agressão (ameaça de agressão futura), o ameaçado deve adotar as providências junto às autoridades competentes.

Questão: durante uma rebelião, 'A' é jurado de morte por 'B', seu colega presidiário de cela, caso o diretor do presídio não atenda as exigências no prazo de duas horas. Anteriormente, em razão da demonstração de intolerância do diretor, 'B' já havia matado 'C'. Assim, será certa a morte de 'A' caso persista a recusa. Pergunta-se: Se 'A' matar 'B' duas horas antes do momento em que seria morto estará em legítima defesa? Entendemos que não, tendo em vista que a agressão não é iminente. Ao aceitar a excludente da ilicitude, estar-se-ia criando a modalidade de **legítima defesa antecipada**, que não possui previsão em nosso Código Penal. Porém, 'A' estará diante da circunstância anormal, de

inexigibilidade de conduta diversa, de sorte que será isento de pena (exclusão da culpabilidade).

3.1.4. Defesa de direito próprio ou alheio

Direito abrange qualquer bem tutelado pelo ordenamento jurídico.

Em relação à proteção de direito de terceiro, é dispensável que exista alguma relação de parentesco ou amizade, mas discute-se se é necessária a prévia autorização do terceiro ou mesmo a sua ratificação posterior:

1ª posição (Aníbal Bruno, Fragoso, Capez): não se exige prévia autorização ou ratificação posterior, independentemente de se tratar de bem jurídico disponível ou indisponível.

2ª posição (Assis Toledo, Rogério Greco): não se exige prévia autorização ou ratificação posterior se o bem jurídico for indisponível, mas em caso de bem jurídico disponível é necessária a aquiescência do titular do bem exposto a perigo.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUMARC – 2018 – PC-MG – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No caso de legítima defesa ou estado de necessidade de terceiros, é imprescindível a prévia autorização destes para que a conduta do agente não seja ilícita".

3.1.5. Repulsa com os "meios necessários"

Meio necessário é aquele que está à disposição do agredido e que menor dano causará. Se não houver a possibilidade da escolha do meio que menor dano causará, será necessário aquele disponível pelo sujeito no momento da agressão. Assim, o *meio necessário* será verificado de acordo com o caso concreto.

A repulsa pode ser por omissão. Vejamos o exemplo recolhido da doutrina: "o guia de um safári ouve às espreitas daqueles que o contrataram sua iminente sentença de morte, para que lhe sejam subtraídos os pertences, e em razão disso os abandona à própria sorte em inóspito e para eles desconhecido pantanal e selva africanos", ocorrendo com isso a morte.

3.1.6. Uso moderado

Uma vez escolhido o meio necessário, seu uso deve ser moderado, ou seja, o suficiente para repelir a agressão.

▸ **INEVITABILIDADE**

Ao contrário do estado de necessidade, não se exige na legítima defesa que a conduta lesiva (repulsa) seja **inevitável**, bastando que exista uma agressão humana injusta, atual ou iminente, para que legitime a repulsa, ou seja, o agredido não é obrigado, em regra, a se acovardar. A doutrina aponta, entretanto, algumas hipóteses em que é recomendado o *commodus discessus*, como no caso de agressão injusta oriunda de um inimputável. Nesse caso, deve o agente procurar evitar a reação, mesmo podendo reagir para cessar a agressão.

3.1.7. Elemento subjetivo do tipo permissivo

Conforme a teoria finalista (Welzel), o sujeito deve ter a consciência da agressão injusta e manifestar a vontade de defender o direito ameaçado ou violado.

3.1.8. Erro de execução na legítima defesa

Pode ocorrer que, ao se defender da agressão, o agente atinja pessoa diversa do agressor. Consequência:

1ª posição (Hungria): não caracteriza legítima defesa, devendo se aplicar a regra sobre o erro. O agente não responderá, sequer a título de culpa, se o erro for escusável.

2ª posição (Aníbal Bruno): caracteriza estado de necessidade, uma vez que a repulsa não atingiu o agressor, mas sim um terceiro inocente.

3ª posição (Noronha): caracteriza legítima defesa, devendo se aplicar a regra sobre o erro de execução, ou seja, considera-se que o fato foi praticado contra o agressor. Para fins de concurso público, essa posição é a mais recomendada.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2010 – TRT1 – Juiz do Trabalho) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Considere que, para defender-se de agressão injusta de Célio, Rui dispare tiros em direção ao agressor, mas, por erro, atinja de forma letal Lúcia, que esteja passando próximo ao local. Nesse caso, Rui responderá pelo delito de homicídio culposo, uma vez que não tinha a intenção de matar Lúcia, mas quebrou o dever de cuidado objetivo a todos imposto".

(CESPE – 2009 – MP-RN – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Considerando que 'A', para defender-se de injusta agressão armada de 'B', desfira tiros em relação ao agressor, mas, por erro, atinja letalmente 'C', terceiro inocente, nessa situação, a legítima defesa desnaturar-se-á, devendo 'A' responder pelo delito de homicídio culposo pela morte de 'C'".

(FCC – DPE-SP – 2009 – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No homicídio cometido em legítima defesa com duplo resultado em razão de aberratio ictus, a excludente de ilicitude se estende à pessoa não visada, mas, também, atingida".

Atenção nos concursos: conclui-se das questões acima (elaboradas pelas bancas CESPE e FCC) que não descaracteriza a legítima defesa mesmo se for atingida pessoa não visada. Entretanto, poderá o agente responder pela indenização do dano no juízo cível.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2006 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Julgue os itens seguintes, com relação ao Direito Penal, considerando o entendimento do STJ e do STF: (...) O agente que, estando em situação de legítima defesa, causar ofensa a terceiro, por erro na execução, responderá pela indenização do dano, se for provada a sua culpa no juízo cível".

3.2. Excesso

> **Art. 23, parágrafo único.** O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

3.2.1. *Excesso voluntário (excesso doloso)*

O agente voluntariamente excede no meio utilizado e/ou no uso do meio para repelir a agressão. Responde pelo crime doloso que causou com o excesso. Entretanto, se o agente, por erro, se excedeu sem ter a consciência da ilicitude do excesso, aplicam-se as regras do erro de proibição (art. 21). Se inevitável o erro, é isento de pena; se evitável o erro, aplica-se uma causa de diminuição de pena.

3.2.2. *Excesso involuntário*

O agente involuntariamente excede no meio utilizado e/ou no uso do meio para repelir a agressão. Se for evitável o erro, responde a título de culpa (excesso culposo). Entretanto, se for inevitável, afasta-se a culpa, de sorte que o agente não responde pelo excesso.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDEP – 2019 – DPE-MG – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O excesso culposo nas causas de justificação deriva de erro do agente quanto aos seus limites ou quanto às circunstâncias objetivas do fato concreto".

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No excesso de legítima defesa involuntário, derivado de erro de tipo escusável, o agente responde pelo fato criminoso".

(FUNDEP – 2019 – DPE-MG – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O excesso culposo nas causas de justificação deriva de erro do agente quanto aos seus limites ou quanto às circunstâncias objetivas do fato concreto".

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O excesso culposo decorrente de erro sobre os limites da causa de justificação não é punível a título de dolo ou culpa".

3.2.3. *Excesso exculpante*

Excesso derivado da perturbação de ânimo, medo ou susto. Conforme ensinamento doutrinário, o agente **não responde pelo excesso**, apesar de o fato ser típico e ilícito, em virtude da inexigibilidade de conduta diversa (causa supralegal).

3.2.4. *Excesso extensivo*

Trata-se de excesso que ocorre **depois de cessada a agressão.** Diante de uma *agressão* (humana, injusta, atual ou iminente), a pessoa *reage* na defesa de um direito, utilizando inicialmente o meio necessário e de forma moderada, fazendo cessar a agressão (cessam os *pressupostos da causa de justificação*). Assim, ocorre em um primeiro momento a legítima defesa, pois foi cessada a agressão por uma

reação legítima. No entanto, em seguida, mesmo cessando a agressão inicial, ou seja, não mais presentes os *pressupostos da causa de justificação*, a pessoa **persiste na reação**, que se torna ilegítima, decorrendo o excesso. Não responderá pelo que causou no primeiro momento, já que estava em legítima defesa, mas pode responder pelo que causou durante o excesso, caso tenha agido com dolo ou culpa.

Exemplo: o sujeito, para se defender de uma agressão injusta, utiliza uma faca (meio necessário), desferindo um golpe no agressor (uso moderado), que fica imobilizado (1º momento). Em seguida, são desferidas novas facadas ("uso imoderado" do meio necessário), ferindo mais ainda o inicial agressor (2º momento).

Esse excesso pode ser voluntário ou involuntário.

Excesso extensivo		
Doloso (voluntário)	**Sem erro**	Responde a título de dolo
	Com erro de proibição indireto (excesso sem ter o agente a consciência da ilicitude – ex.: o agente *imaginava que pudesse se exceder*)	**Inevitável:** isenção de pena
		Evitável: causa de diminuição
Involuntário	**Com erro de tipo (art. 20, § 1º)** (erro sobre a atualidade da agressão – ex.: o agente imaginou que a agressão ainda existia)	**Inevitável:** exclui dolo e culpa
		Evitável: exclui o dolo, mas não a culpa

3.2.5. Excesso intensivo

O excesso intensivo ocorre **enquanto persiste a agressão.** Diante de uma *agressão* humana, injusta, atual ou iminente (pressupostos da causa de justificação), o agredido *reage* na defesa de um direito, mas deixa de utilizar, *desde o início*, o meio necessário, ou, utilizando o meio adequado, não age *desde o início* de forma moderada.

Exemplo: 'A' (campeão de luta livre), em reação a uma agressão (tapas) injusta e atual praticada por 'B' (pessoa franzina), efetua um disparo de arma de fogo, produzindo a sua morte, sendo que no caso 'A' conseguiria dominar 'B' sem o uso da arma. Observe-se que desde o início o uso do meio não foi necessário.

O excesso intensivo também pode ser voluntário ou involuntário.

Excesso intensivo		
Doloso (voluntário)	**Sem erro**	Responde a título de dolo
	Com erro de proibição indireto (excesso sem ter o agente a consciência da ilicitude – ex.: imaginava que podia usar na reação um *meio mais gravoso*)	**Inevitável:** isenção de pena
		Evitável: causa de diminuição
Involuntário	**Com erro de tipo (art. 20, § 1º)** (erro sobre os seguintes fatos: sobre a *gravidade da agressão* ou sobre o *grau de reação*)	**Inevitável:** exclui dolo e culpa
		Evitável: exclui dolo, mas não a culpa

3.3. Outras formas de legítima defesa

3.3.1. *Legítima defesa sucessiva*

É a reação do agressor contra a repulsa excessiva da vítima. Ou seja, o inicial agressor passa a ser o agredido em razão do excesso de legítima defesa, justificando a sua reação, uma vez que o excesso constitui uma agressão.

3.3.2. *Legítima defesa putativa*

Trata-se de legítima defesa imaginária. O sujeito supõe encontrar-se em uma situação de defesa por supor a existência de uma agressão ou por errar acerca dos limites da excludente. Pode decorrer das hipóteses de erro de tipo permissivo (art. 20, § 1º) ou erro de proibição indireto (art. 21).

Exemplo (erro de tipo permissivo/erro sobre a situação fática – art. 20, § 1º): 'A' ameaça 'B', prometendo matá-lo no primeiro encontro. Ao se encontrarem posteriormente, 'A' põe a mão no bolso, aparentando que irá sacar uma arma de fogo. De imediato, 'B' saca sua arma e mata 'A'. Verifica-se, entretanto, que não havia nenhuma agressão, pois 'A' não se encontrava armado. Não existiu agressão atual ou iminente (não ocorreu uma situação de legítima defesa real). Nesse exemplo, haverá a exclusão do dolo e culpa, sendo o fato atípico (apesar de constar a expressão *isento de pena*), caso se entenda que o erro foi inevitável (art. 20, § 1º, 1ª parte). Em caso de erro evitável (art. 20, § 1º, 2ª parte), permite-se a aplicação da pena do crime culposo (hipótese denominada de *culpa imprópria*). Lembremos que no caso de legítima defesa (real), aplicam-se os arts. 23, II e 25, de sorte que haverá a exclusão da ilicitude.

Exemplo (erro de proibição indireto): o sujeito, ao ser preso em virtude de uma ordem legal, vem a agredir o policial imaginando que está sofrendo uma agressão injusta. Acredita, assim, que está agindo em legítima defesa. Veja-se que a agressão realmente existe, mas se trata de uma *agressão lícita*. A reação do agente, para ser reconhecida como legítima, deve ser em relação a uma *agressão injusta*. Se o erro de proibição *for inevitável* (art. 21, *caput*), o agente será isento de pena (exclui-se a culpabilidade). Se o erro de proibição for *evitável, vencível ou inescusável* (art. 21, parágrafo único), não haverá isenção de pena (não exclui a culpabilidade), mas trata-se de uma causa de diminuição da pena (1/6 a 1/3).

3.3.3. *Legítima defesa subjetiva*

É o excesso na repulsa de uma agressão decorrente de erro de apreciação da situação fática (art. 20, § 1º, 1ª parte). Logo depois de cessada a *agressão* que justificou a reação (houve a legítima defesa real até um dado momento), o agente, por erro plenamente justificável, *supõe persistir a agressão inicial*, e, por isso, acaba excedendo-se em sua reação (repulsa).

Obs.: na *legítima defesa subjetiva* existirá uma agressão em um primeiro momento, ao passo que na *legítima defesa putativa* sequer haverá uma *agressão* inicial.

Exemplo: 'A' efetua disparos de arma de fogo visando a matar 'B'. Este reage usando também uma arma de fogo, vindo a atingir 'A', fazendo com que caia ferido, cessando, assim, a agressão. 'A', sem saber que usou toda a munição, aponta a arma novamente para 'B', que, também sem saber que a arma de 'A'

se encontrava descarregada, imagina que a agressão ainda não cessou, ocasião em que efetua um disparo fatal. 'B' não responderá pelo excesso.

3.4. Questões específicas

- Não pode haver legítima defesa real contra legítima defesa real (legítima defesa real recíproca). Para que ocorra a legítima defesa é necessária a existência de uma agressão ilícita e de uma reação lícita. Assim, se um dos sujeitos possui comportamento ilícito, não pode ao mesmo tempo ser considerado lícito.
- É possível legítima defesa real contra legítima defesa putativa (imaginária), uma vez que o agente, agindo em legítima defesa imaginária, pratica realmente uma agressão injusta (ilícita), embora imagine ser justa.
- É possível legítima defesa putativa contra legítima defesa real. *Exemplo:* o agente percebe uma pessoa na iminência de desferir uma facada em seu filho, ocasião em que efetua um disparo de arma de fogo e mata essa pessoa. Verifica-se posteriormente que seu filho era o autor da agressão e que a pessoa estava em legítima defesa.
- Poderá haver legítimas defesas putativas recíprocas (art. 20, § 1º), no caso de duas pessoas, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, imaginarem-se em situação de agressão injusta. *Exemplo:* dois inimigos encontram-se, ocasião em que ambos levam a mão no bolso para retirar o celular. Os dois, ao imaginarem que está sendo retirada uma arma de fogo, sacam realmente uma arma que traziam consigo e efetuam o disparo.
- Não é possível legítima defesa contra estado de necessidade, pois quem age em estado de necessidade não pratica agressão injusta (ilícita).
- Admite-se legítima defesa contra quem age amparado por excludente da culpabilidade. Isto porque, nestas hipóteses, mesmo não havendo a culpabilidade, ocorre um fato típico e ilícito (injusto penal). *Exemplo:* um inimputável por doença mental agride alguém sem ter capacidade de entender o caráter ilícito do fato. Independentemente de sua capacidade de entendimento da ilicitude, sua conduta é típica e ilícita, de sorte que a sua agressão é injusta, ensejando a legítima defesa.

Principais diferenças entre legítima defesa e estado de necessidade:

LEGÍTIMA DEFESA	ESTADO DE NECESSIDADE
Repulsa contra uma agressão injusta	Conflito entre bens jurídicos
O bem jurídico sofre uma agressão	O bem jurídico é exposto a perigo
A agressão deve ser humana	O perigo pode decorrer de conduta humana, animal ou de força da natureza
A conduta é dirigida contra o agressor	A conduta pode ser dirigida contra terceiro inocente

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(Inst. Acesso - 2019 - PC-ES - Delegado de Polícia) A legítima defesa e o estado de necessidade possuem similitudes que as os enquadram como excludentes de ilicitude. Não obstante, suas diferenças implicam em modalidades diversas com conceitos distintos. Em relação à comparação da legítima defesa e do estado de necessidade, marque a alternativa correta. a) De acordo com o conceito analítico de crime, para a verificação da atipicidade da conduta, a legitima defesa e o estado de necessidade devem ser observados para confirmar se a conduta é ou não típica. b) Na legítima defesa, assim como no estado de necessidade, somente é admitido o excesso culposo. c) Em relação ao estado de necessidade, diferentemente da legitima defesa, qualquer excesso será punível, já que nos casos em que ocorre a legitima defesa não há punição para eventuais excessos na tutela do bem jurídico do agredido injustamente. d) No caso do estado de necessidade, é cabível uma agressão injusta na defesa de bem jurídico menos relevante. Já no caso da legítima defesa, a preservação de bens jurídicos de mesmos valores é promovida pelo uso da força de quem inicia agressão. e) A legitima defesa é uma garantia que permite a defesa de interesse legítimo por parte de quem sofre a agressão injusta a um bem jurídico. Não obstante os interesses em conflito no caso de estado de necessidade, todos os interesses são considerados legítimos ao se tratar de oposição de bens jurídicos de mesmo valor. **Gabarito: E.**

(FUNDEP - 2017 - MP-MG - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Que o direito penal reconhece a legítima defesa sucessiva e também a recíproca".

(MP-BA - 2015 - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A legítima defesa real é incabível contra quem age sob a excludente do estado de necessidade ou da própria legítima defesa real".

(CESPE - 2015 - TCU - Auditor Federal de Controle Externo) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "*No que diz respeito às causas de* exclusão da ilicitude, é possível alegar legítima defesa contra quem pratica conduta acobertada por uma dirimente de culpabilidade, como, por exemplo, coação moral irresistível".

3.5. Legítima defesa no caso de agente de segurança pública

> **Art. 25.** (...)
>
> **Parágrafo único.** Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

O **Pacote Anticrime** (Lei nº 13.964/19, com vigência a partir do dia 23/01/2020), **incluiu o parágrafo único** no art. 25 do Código Penal. Surgem duas posições:

a) A alteração se mostra desnecessária, uma vez que consta na redação "Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa (...)". Ou seja, se observados os requisitos da legítima defesa, não resta mais especificar qualquer outra situação, de sorte que o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes somente estará acobertado pela excludente da legítima defesa se preenchidos os seus requisitos. Nesse

sentido é enfático Luis Greco ao comentar o Projeto de Lei Anticrime: "Uma leitura mais cuidadosa do adendo revela que ele, na verdade, é supérfluo. Afinal, inicia recordando que têm de ser *observados os requisitos do caput*. Se essa formulação for levada a sério, como o deveriam ser as palavras da lei, só se afirmaria a legítima defesa na presença de tudo o que está mencionado no *caput*, a saber: de injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem, e de uso moderado de meios necessários para repelir essa agressão (...). Aqui (...) se fala (...) em um agente que 'previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes'. Observe-se que, no elemento contextual de 'vítima mantida refém', já existe uma agressão, uma vez que, por agressão, *terminus technicus* do instituto da legítima defesa, entende-se comportamento humano que gera perigo para um direito próprio ou alheio; quem mantém outra pessoa refém, lesiona (e, portanto também coloca em perigo), no mínimo, o seu direito de liberdade de locomoção". Dessa forma, como arremata o autor, não é o parágrafo único que cria uma legítima defesa nessa situação, pois ela sempre existiu, nos termos do próprio *caput* (https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/analise-sobre-propostas-relativas-a-legitima-defesa-no-projeto-de-lei-anticrime-07022019).

b) Há diferença entre "iminente agressão" (*caput*) e "risco de agressão" (parágrafo único). A inovação legislativa destinada aos agentes de segurança pública pode incidir em duas hipóteses: (i) a agressão já está ocorrendo; (ii) há risco de agressão a uma vítima mantida refém durante a prática de crimes. A primeira situação não inova em relação ao que já era previsto no *caput* do art. 25 do CP. Já a segunda situação traz o "risco de agressão" à vítima mantida refém, o que denota inovação no ordenamento jurídico pátrio. Parcela da doutrina entende que "agressão iminente" não é sinônimo de "risco de agressão": "No contexto da situação fática justificante, a agressão à vítima mantida refém deve ser considerada um evento possível (esperado), muito embora incerto. A incerteza que existe no risco de agressão diz respeito à conduta futura do tomador de refém. No risco de agressão, a agressão é possível, mas, não se pode ter certeza sobre a sua ocorrência futura. Esse aspecto diferencia a situação de iminente agressão da situação de risco de agressão. Na iminente agressão, a agressão é certa. No risco de agressão, a agressão é incerta. Poderá ocorrer concretamente, ou não. A previsão normativa autoriza a intervenção do agente de segurança diante do quadro de incerteza sobre a conduta futura do tomador de refém. A justificante especial expressa opção legislativa por preservar a vítima" (Fernando Galvão da Rocha, *in* ‹https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/03/09/Legitima-defesa-por-agente-de-seguran%C3%A7a-p%C3%BAblica›).

4. ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

O sujeito que cumpre determinação legal não pratica conduta ilícita, ou seja, contrária ao ordenamento jurídico. É o caso de servidores públicos no

exercício de suas funções. *Exemplos:* policiais efetuando prisões; oficial de justiça realizando arrombamento e busca e apreensão. A justificativa também deve ser aplicada aos particulares no cumprimento de um dever legal, como no caso de exercerem função pública de jurado, perito etc.

Dever legal é aquele emanado de norma jurídica, como leis, decretos, regulamentos etc.

Essa excludente **não se aplica às obrigações sociais, morais ou religiosas.** O sujeito deve agir em observância aos limites impostos (estrito cumprimento), sob pena de responder pelo excesso, doloso ou culposo (CP, art. 23, parágrafo único). Conforme destaca Mirabete, não se admite o cumprimento de dever legal nos crimes culposos, uma vez que a lei não obriga ninguém a ser imprudente, negligente ou a agir com imperícia (*Manual de Direito Penal*, p. 189). Como as demais justificativas, o sujeito deve ter consciência de que a conduta praticada se dá em virtude do cumprimento de lei. No caso de concurso de agentes, se reconhecida a justificativa para um autor, os demais não poderão ser responsabilizados.

Não ocorre estrito cumprimento do dever legal na hipótese de o policial matar o criminoso que empreende fuga do local do crime. Nesse sentido: "(...) Não há falar em estrito cumprimento do dever legal, precisamente porque a lei proíbe à autoridade, aos seus agentes e a quem quer que seja desfechar tiros de revólver ou pistola contra pessoas em fuga, mais ainda contra quem, devida ou indevidamente, sequer havia sido preso efetivamente" (STJ, RESP 402419, 6ª T., DJU 15/12/2003). No entanto, em algumas situações poderá ocorrer legítima defesa. *Exemplo:* policial, para se defender, vem a matar o criminoso na troca de tiros no momento da fuga.

A Lei nº 13.060/14, disciplinou o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública. Nos termos do art. 2º, os órgãos de segurança pública deverão priorizar a utilização dos instrumentos de menor potencial ofensivo, desde que o seu uso não coloque em risco a integridade física ou psíquica dos policiais, e deverão obedecer aos seguintes princípios: I - legalidade; II - necessidade; III - razoabilidade e proporcionalidade. Dispõe o parágrafo único do referido artigo que não é legítimo o uso de arma de fogo: I - contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que não represente risco imediato de morte ou de lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros; e II - contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, exceto quando o ato represente risco de morte ou lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros.

Na primeira situação, como a pessoa não está agredindo os agentes de segurança pública, o uso da arma de fogo seria uma manifesta agressão ilícita. Os agentes públicos não poderiam invocar a legítima defesa, pois não estão sofrendo agressão. Também não há de se falar em estrito cumprimento de dever legal, uma vez que o uso da arma é ilegítimo para cumprir o dever de prender em flagrante. Da mesma forma ocorre na segunda situação (bloqueio policial

sem risco), caso em que o uso da arma de fogo será uma agressão ilícita por parte dos agentes de segurança.

A Lei nº 13.441/17, alterou a Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. A referida lei criou o art. 190-C do ECA com a seguinte causa de exclusão da ilicitude: "Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Parágrafo único. O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(Inst. Acesso – 2019 – PC-ES – Delegado de Polícia) O Código Penal (CP) trouxe, em seu conjunto de leis, a previsão das excludentes de ilicitude, a saber: o estado de necessidade, a legítima defesa e o estrito cumprimento de dever legal, além do exercício regular do direito. Em relação ao estrito cumprimento do dever legal, seguem-se seis afirmações: I – Para seu cumprimento, é indispensável o cumprimento do dever legal; II – Para seu cumprimento, é indispensável o cumprimento do dever ético; III – A prática da conduta deve ser promovida nos exatos termos da lei; IV – A ordem da autoridade subsome a lei no cumprimento da ordem emanada por funcionário público; V – A boa-fé permite a extrapolação da lei para o cumprimento do dever; VI – Hierarquia e autoridade pública são diplomas supralegais; Marque a alternativa que contenha somente as afirmações corretas acerca dos elementos caracterizadores do estrito cumprimento do dever legal. a) V e VI. b) II e III. c) I e III. d) I e VI. e) I e IV. **Gabarito: C.**

(CESPE – 2009 – MP-RN – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Para que haja estrito cumprimento do dever legal, a obrigação deve decorrer diretamente de lei *stricto sensu*, não se reconhecendo essa excludente de ilicitude quando a obrigação estiver prevista em decreto, regulamento ou qualquer ato administrativo infralegal".

5. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

Se o agente pratica a conduta em exercício a um direito (penal ou extrapenal) não há de se falar que essa atuação é contrária ao direito (ilícita). O que é permitido não pode, ao mesmo tempo, ser proibido. Porém, o exercício deve ser "regular", ou seja, deve obedecer às condições objetivas estabelecidas, sob pena de ser abusivo, caso em que o agente poderá responder pelo excesso, doloso ou culposo (CP, art. 23, parágrafo único). O sujeito deve ter consciência de que está exercendo um direito.

Exemplos: prisão em flagrante por particular; direito de retenção permitido; a *notitia criminis* levada à autoridade policial de fato que, em tese, constitui crime, desde que não demonstrada a má-fé de quem assim agiu etc.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2019 - PRF - Policial Rodoviário Federal) Em decorrência de um homicídio doloso praticado com o uso de arma de fogo, policiais rodoviários federais foram comunicados de que o autor do delito se evadira por rodovia federal em um veículo cuja placa e características foram informadas. O veículo foi abordado por policiais rodoviários federais em um ponto de bloqueio montado cerca de 200 km do local do delito e que os policiais acreditavam estar na rota de fuga do homicida. Dada voz de prisão ao condutor do veículo, foi apreendida arma de fogo que estava em sua posse e que, supostamente, tinha sido utilizada no crime. Considerando essa situação hipotética, julgue os seguintes itens. Quanto ao sujeito ativo da prisão, o flagrante narrado é classificado como obrigatório, hipótese em que a ação de prender e as eventuais consequências físicas dela advindas em razão do uso da força se encontram abrigadas pela excludente de ilicitude denominada exercício regular de direito.

Gabarito: errada.

▸ **Importante:**

A Lei nº 13.010/14, alterou o ECA e dispôs sobre a proibição do uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante. Vejamos: "Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se: I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão; II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize".

Desse modo, diante da prática de lesão como forma de correção, em tese, poderá tipificar o delito do art. 129 (lesão corporal), ou, conforme o caso, o do art. 136 do CP (maus-tratos). Como se trata de um meio de correção proibido, não há de se invocar o exercício regular de direito como excludente da ilicitude.

6. SITUAÇÕES ESPECÍFICAS

6.1. Intervenções médicas e cirúrgicas

As *intervenções médicas e cirúrgicas*, pela **doutrina tradicional e pelo art. 23, III, do CP**, são consideradas como exercício regular de direito, uma vez que se trata de atividade autorizada e regulamentada pelo Estado.

Zaffaroni e Pierangeli (*Direito Penal*, p. 557), segundo o conceito de **tipicidade conglobante**, argumentam que a intervenção cirúrgica com fim terapêutico é atípica, por existir norma que fomente essa atividade.

6.2. Violência esportiva

Pela **doutrina tradicional**, a violência esportiva configura exercício regular de direito, desde que o resultado danoso seja decorrente da prática regular do esporte. Deve haver a observância das regras e limites aceitáveis do jogo.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUMARC – 2018 – PC-MG – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Caio, lutador de boxe, durante uma luta em que seguia as regras desportivas, atinge região vital de Tício, causando-lhe a morte. Ante a gravidade da situação fática, a violência não encontra amparo em nenhuma causa de exclusão da ilicitude, devendo Caio responder pela morte causada".

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (*Direito Penal*, p. 559), segundo o conceito de **tipicidade conglobante**, as lesões na prática de esportes são conglobalmente atípicas quando a conduta tenha ocorrido dentro da prática regulamentar do esporte.

6.3. Ofendículos

Ofendículos são **mecanismos predispostos visíveis** com a finalidade de proteção da propriedade ou de qualquer outro bem jurídico. *Exemplos:* cacos de vidro no muro, ponta de lança no portão, cerca elétrica com aviso.

Os aparatos ocultos ou invisíveis denominam-se *defesa mecânica predisposta*, como, por exemplo, a eletrificação da maçaneta.

Para a doutrina tradicional, a predisposição do aparelho constitui **exercício regular de direito**. Todavia, quando funciona em face de um ataque, o problema é de **legítima defesa preordenada**, desde que a ação do mecanismo não tenha início até que tenha lugar o ataque e que a gravidade de seus efeitos não ultrapasse os limites da excludente da ilicitude.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUMARC – 2018 – PC-MG – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Astrogildo colocou cacos de vidro, visíveis, em cima do muro de sua casa, para evitar a ação de ladrões. Certo dia, uma criança neles se lesionou ao pular o muro da casa de Astrogildo para pegar uma bola que ali havia caído. Nessa situação, ainda que se tratando da defesa de um perigo incerto e ou remoto, a conduta de Astrogildo restaria acobertada por excludente da ilicitude".

(TJ-SP – 2009 – Juiz de Direito) *Questão discursiva:* "Estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Conceitos, fundamentos e limites. Semelhanças e diferenças entre essas causas de exclusão de ilicitude. Intervenções cirúrgicas, violência esportiva e outras questões pertinentes".

Capítulo XI

Culpabilidade

1. INTRODUÇÃO

O crime é concebido como conduta típica, antijurídica e culpável (conceito tripartido) ou apenas como conduta típica e antijurídica (conceito bipartido). Para os adeptos do conceito bipartido, a culpabilidade não é elemento do crime, mas sim pressuposto de aplicação da pena.

Independentemente do conceito do crime, a culpabilidade é o **juízo de reprovação** do agente por ter praticado um fato típico e ilícito, quando podia entender o caráter ilícito deste fato e, assim, se motivar para agir conforme o direito.

Em relação à culpabilidade, o Código Penal adotou a **teoria normativa pura**, baseada na teoria finalista da conduta. Nessa concepção, a culpabilidade é composta dos seguintes elementos:

1) Imputabilidade;
2) Potencial consciência da ilicitude;
3) Exigibilidade de conduta diversa.

CRIME		PRESSUPOSTO DA PENA
Fato típico	**Ilicitude**	**Culpabilidade (Teoria normativa pura)**
1. Conduta (dolo ou culpa) 2. Resultado 3. Nexo causal 4. Tipicidade	Fato contrário ao ordenamento jurídico	1. Imputabilidade 2. Potencial consciência da ilicitude 3. Exigibilidade de conduta diversa

OU

CRIME		
Fato típico	**Ilicitude**	**Culpabilidade (Teoria normativa pura)**
1. Conduta (dolo ou culpa) 2. Resultado 3. Nexo causal 4. Tipicidade	Fato contrário ao ordenamento jurídico	1. Imputabilidade 2. Potencial consciência da ilicitude 3. Exigibilidade de conduta diversa

A culpabilidade, como juízo de valor que se faz em relação ao autor do delito, possui elementos exclusivamente normativos.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – MP-PI – Promotor de Justiça) Em relação à estrutura analítica do crime, o juízo da culpabilidade avalia: a) a prática da conduta. b) as condições pessoais da vítima. c) a existência do injusto penal. d) a reprovabilidade da conduta. e) a contrariedade do fato ao direito. **Gabarito: D.**

(MP-MS – 2011 – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "No conceito analítico ou estruturante do crime, ofereça considerações acerca da culpabilidade e a posição desta no sistema dicotômico e tricotômico do Direito Penal".

2. EVOLUÇÃO DA CULPABILIDADE (TEORIAS)

2.1. Teoria psicológica

A teoria psicológica desenvolveu-se segundo a concepção clássica (positivista-naturalista) do delito. O delito constitui-se de elementos *objetivos* (fato típico e ilicitude) e *subjetivos* (culpabilidade). A ação humana é tida como um movimento corporal voluntário que produz uma modificação no mundo exterior. Integram a ação: a *vontade*, o *movimento corporal* e o *resultado*. A vontade é despida de conteúdo (finalidade/querer-interno). Esse conteúdo (finalidade visada pela ação) figura na culpabilidade.

A culpabilidade, nessa perspectiva, é vista como um nexo psíquico entre o agente e o fato criminoso. O dolo e a culpa são *espécies* da culpabilidade e não seus elementos. A imputabilidade é tratada como *pressuposto* da culpabilidade.

CRIME (Conceito tripartido)		
Fato típico	**Ilicitude**	**Culpabilidade (Teoria psicológica)**
1. Conduta (processo causal) 2. Resultado 3. Nexo causal 4. Tipicidade	Fato contrário ao ordenamento jurídico	Imputabilidade (pressuposto) Dolo ou culpa (espécies)

2.2. Teoria normativa ou psicológico-normativa

Frank foi o precursor da teoria normativa ao introduzir no conceito de culpabilidade um elemento normativo, isto é, um juízo de censura que se faz ao autor do fato, e, como pressuposto deste, a exigibilidade de conduta conforme a norma (TOLEDO, Francisco de Assis, p. 223). Essa teoria desenvolveu-se segundo a concepção neoclássica/normativista do delito (Teoria causal-valorativa ou neokantista).

Assim, a culpabilidade passou a conter os seguintes elementos: 1) imputabilidade; 2) dolo ou culpa; 3) exigibilidade de conduta diversa.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A teoria psicológico-normativa da culpabilidade tem como fundamental característica a retirada do dolo e da culpa do conceito de culpabilidade".

(CEFET-BA – 2015 – MP-BA – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Segundo a teoria psicológica normativa da culpabilidade, o erro de proibição, ainda que evitável, isenta o agente de pena".

2.3. Teoria normativa pura

Tem como fundamento a teoria finalista da ação (Hans Welzel). Segundo Welzel, a ação humana não pode ser considerada de forma dividida (aspecto objetivo e subjetivo), considerando que toda ação voluntária é finalista, ou seja, traz consigo o querer-interno. O processo causal é dirigido pela vontade finalista.

Desse modo, a ação típica deve ser concebida como um ato de vontade com conteúdo (finalidade/querer interno).

A culpabilidade passa a ser um juízo de valor que se faz em relação ao autor do delito. Conforme Welzel, "Se a antijuridicidade é o simples juízo de desvalor por não ser a ação como deveria, ser de acordo com o Direito – sem levar em conta se o autor podia satisfazer as exigências jurídicas –, o juízo de desvalor da culpabilidade vai mais além, e lança sobre o autor a reprovabilidade pessoal por não haver atuado corretamente apesar de ter podido obrar conforme a norma" (O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma Introdução à Doutrina Finalista da Ação. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 87).

O dolo e a culpa são retirados da culpabilidade e passam a integrar o fato típico. Com isso, a conduta típica passa a ser dolosa ou culposa.

No entanto, retira-se do dolo seu aspecto normativo (*consciência da ilicitude*). Sem seu elemento normativo, o dolo se torna um dolo natural.

Obs.: dolo normativo é aquele que possui o elemento normativo (consciência da ilicitude).

A consciência da ilicitude (antes elemento do dolo), passa a figurar como elemento da culpabilidade, ao lado da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa (a culpabilidade, dessa forma, fica composta apenas de elementos normativos). Não é necessário que o agente tenha a real e atual consciência da ilicitude, bastando a possibilidade de conhecê-la (potencial consciência da ilicitude).

Dessa forma, a culpabilidade é composta dos seguintes elementos: 1) imputabilidade; 2) potencial consciência da ilicitude; 3) exigibilidade de conduta diversa.

CRIME (Conceito tripartido)		
Fato típico	**Ilicitude**	**Culpabilidade (Teoria normativa pura)**
1. Conduta (dolo/culpa como aspecto) 2. Resultado 3. Nexo causal 4. Tipicidade 4.1. Tipicidade objetiva (elementos objetivos descritivos e elementos normativos) 4.2. Tipicidade subjetiva	Fato contrário ao ordenamento jurídico	1. Imputabilidade 2. Potencial consciência da ilicitude 3. Exigibilidade de conduta diversa

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerado *incorreto* afirmar que "o dolo, segundo a teoria finalista, constitui elemento normativo do tipo".

(CESPE – 2019 – TJ-PR – Juiz de Direito) Para Welzel, a culpabilidade é a reprovabilidade de decisão da vontade, sendo uma qualidade valorativa negativa da vontade de ação, e não a vontade em si mesma. O autor aponta a incorreção de doutrinas segundo as quais a culpabilidade tem caráter subjetivo, porquanto um estado anímico pode ser portador de uma culpabilidade maior ou menor, mas não pode ser uma culpabilidade maior ou menor. Essa definição de culpabilidade está relacionada: a) à teoria psicológica. b) à teoria normativa pura, ou finalista. c) à teoria psicológico-normativa, ou normativa complexa. d) ao conceito material de culpabilidade. **Gabarito: B.**

(FUMARC – 2018 – PC-MG – Delegado de Polícia) Foram consideradas *corretas* as seguinte alternativas: "A teoria normativa pura, a fim de tipificar uma conduta, desloca a análise do dolo ou da culpa para o fato típico, transformando a culpabilidade em um juízo de reprovação social incidente sobre o fato típico e antijurídico e sobre seu autor"; "Segundo a teoria psicológica idealizada por Von Liszt e Beling, a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade, fazendo o dolo e a culpa parte de sua análise. Por sua vez, as teorias normativas, seja a extremada seja a limitada, excluem o dolo e a culpa de sua apreciação".

(MP-PR –2011 – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "Culpabilidade: definir o conceito de imputabilidade, explicar as principais modalidades de erro de proibição e apresentar as situações concretas de inexigibilidade".

DESCRIMINANTES PUTATIVAS

No que tange ao tratamento dado às descriminantes putativas (hipóteses de erro sobre os *pressupostos fáticos*, sobre a *existência* ou sobre os *limites* das excludentes de ilicitude), a *teoria normativa pura* possui duas vertentes:

1) Teoria extremada ou estrita da culpabilidade;

2) Teoria limitada da culpabilidade (adotada pelo CP – art. 20, § 1º).

A diferença reside na natureza jurídica da descriminante putativa referente ao *erro sobre os pressupostos fáticos* (CP, art. 20, § 1º. Ex.: legítima defesa putativa em razão de o agente supor uma agressão inexistente). Para a teoria extremada, trata-se de *erro de proibição*, ao passo que para teoria limitada é hipótese de *erro de tipo (erro de tipo permissivo)*. Veremos esse tema no capítulo "Erro de tipo".

2.4. Modernas teorias da culpabilidade

Em síntese de seu artigo sobre as modernas teorias da culpabilidade, Karyna Batista Sposato esclarece que "Chamamos de substitutivas as propostas de Roxin, uma vez que o autor sugere que o conceito normativo de culpabilidade seja aperfeiçoado na direção de um conceito normativo de responsabilidade. A leitura de Jakobs, por sua vez, aponta para a construção de um conceito material de culpabilidade que atenda a fins sociais, demonstrando que a culpabilidade cumpre uma função de reforço à fidelidade ao Direito. Hassemer discute a eliminação da reprovação como elemento da culpabilidade e a necessária preponderância de um conceito de responsabilidade atento ao fato concreto. Por último, Muñoz Conde propõe a superação da culpabilidade com a introdução de uma dimensão social que permita avaliar a conveniência e a necessidade da imposição de uma sanção penal tendo em vista as condições pessoais e sócio-econômicas do sujeito" (*Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo: Ed. RT, v. 13, n. 56, set./out. 2005, p. 33-59).

Munõz Conde busca um fundamento material específico que serve de base para a culpabilidade, o qual não pode ser encontrado na indemonstrável exigibilidade de conduta diversa. Deve ser buscado "na **função motivadora da norma penal**, que junto com a função protetora constitui uma função específica da norma penal. A norma penal se dirige a indivíduos capazes de motivar-se em seu comportamento pelos mandados normativos" (*Teoria Geral do Delito*, p. 340).

3. IMPUTABILIDADE

3.1. Conceito

Imputabilidade consiste na **atribuição de capacidade para o agente ser responsabilizado** criminalmente. O agente é considerado imputável quando, ao tempo da conduta, for capaz de entender, mesmo que não inteiramente, o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, e tenha completado 18 anos.

O Código Penal define apenas as situações de inimputabilidade (arts. 26, *caput*, 27 e 28, § 1º). A imputabilidade encontra fundamento na dirigibilidade do ato humano e na possibilidade de sua intimidação pela ameaça de pena.

São distintos os conceitos de imputabilidade e responsabilidade. O primeiro é a capacidade de culpabilidade; já a responsabilidade funda-se no princípio de que toda pessoa imputável (dotada de capacidade de culpabilidade) deve responder pelos seus atos (Assis Toledo, p. 314).

São sistemas de definição da inimputabilidade:

a) ***Sistema biológico (etiológico):*** leva em consideração o estado psíquico anormal do agente (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), independente se esta situação afetou sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Observações:

- Foi adotado, de forma excepcional, para o menor de 18 anos (art. 27 do CP).
- Existe a Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 2012 (PEC 33/12), com o fim de alterar o art. 228 da Constituição Federal para dispor que Lei Complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito e maior de dezesseis anos, **incidente de desconsideração da sua inimputabilidade**.

b) ***Sistema psicológico:*** não considera a causa, mas apenas o efeito, ou seja, verifica-se apenas se o sujeito possuía, ao tempo da conduta, capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

c) ***Sistema biopsicológico ou misto:*** verifica-se se o agente, de acordo com sua anomalia psíquica, era, ao tempo da conduta, incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Foi **adotado pelo art. 26 do CP**.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(Inst. Acesso - 2019 - PC-ES - Delegado de Polícia) Considere os sete critérios enumerados abaixo: I - Clamor público e relevância social; II - Determinação objetiva com previsão legal; III - Residência fixa e comprovante de registro de trabalho; IV - Contexto social do autor e antecedentes criminais; V - Critério psicológico; VI - Fator personalíssimo, psicossocial e natural; VII - Critério biológico. Marque a alternativa correta que relacione apenas os critérios que devem ser adotados para a avaliação da inimputabilidade e/ou imputabilidade em esfera penal, para aquele que praticar uma conduta prevista no Código Penal. a) I, II e III. b) I, IV e V. c) III, V e VII. d) II, IV e VII. e) II, V e VII. **Gabarito: E.**

(IBFC - 2018 - TRF2 - Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O critério psicológico determina cientificamente sempre a imputabilidade ou não do agente. Ao passo que o critério biológico etário adotado hoje pela lei penal, é passível de superação pelo juiz na sentença, quando razões de política criminal recomendem".

(CEFET-BA - 2015 - MP-BA - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O Código Penal Brasileiro adotou o critério biológico em relação à inimputabilidade em razão da idade e o critério biopsicológico em relação à inimputabilidade em razão de doença mental".

(CESPE -2005 - DPE-SE - Defensor Público) *Questão discursiva*: "De acordo com a doutrina, são três os critérios de aferição de inimputabilidade. Nesse contexto, redija um texto dissertativo que: a) indique e conceitue esses três sistemas; b) explicite aquele adotado como regra no Código Penal; c) identifique o critério admitido, como exceção, ante a menoridade penal".

3.2. Excludentes da imputabilidade (inimputabilidade)

3.2.1. *Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado*

Nos termos do art. 26, *caput*, é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da

ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Dessa forma, para ser reconhecida a inimputabilidade devem ser analisados os seguintes pressupostos: 1º) existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (pressuposto causal); 2º) manifestação da doença mental no momento da conduta (pressuposto cronológico); 3º) o agente deve ser inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou ser inteiramente incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento (pressuposto consequencial).

Exemplo: João, portador de doença mental, subtrai, para si, um DVD de uma loja. Verifica-se posteriormente que João, apesar de ter consciência e vontade de ter praticado o fato (que é típico e ilícito), não possuía, em razão de sua doença mental, nenhuma capacidade de entender que esse fato era ilícito. Observe que João praticou um fato típico e ilícito (crime para a teoria bipartida).

Evidenciada a inimputabilidade (art. 26, *caput*), a sentença será absolutória (CPP, art. 386, VI), mas será aplicada a medida de segurança adequada (CP, arts. 96 e 97), de sorte que se trata de uma **sentença absolutória imprópria.** Apesar de absolver, o juiz aplicará a medida de segurança, a qual é uma espécie de sanção penal.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBFC – 2018 – TRF2 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado isentam de pena, se ao tempo da ação ou da omissão, ou entre a denúncia e a sentença, o agente era ou se toma inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato".

(CESPE – 2018 – Polícia Federal – Delegado de Polícia Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Bruna, de vinte e quatro anos de idade, processada e julgada pela prática do crime de latrocínio, foi absolvida ao final do julgamento, por ter sido considerada inimputável, apesar de sua periculosidade. Nessa situação, mesmo tendo Bruna sido absolvida, o juiz pode impor-lhe medida de segurança".

(VUNESP – 2015 – PC-CE – Delegado de Polícia Civil de 1ª Classe) "Considere que determinado sujeito, portador de desenvolvimento mental incompleto, ao tempo da ação tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato, mas era inteiramente incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento – o que fora clinicamente atestado nos autos em perícia oficial. Em consonância com o texto legal do art. 26 do CP, ao proferir sentença deve o juiz reconhecer sua: a) inimputabilidade; b) imputabilidade; c) semi-imputabilidade, absolvendo-lhe e aplicando-lhe medida de segurança; d) semi-imputabilidade, condenando-lhe e aplicando-lhe pena diminuída; e) semi-imputabilidade, condenando-lhe e aplicando-lhe medida de segurança". **Gabarito: A.**

3.2.2. Menoridade

De acordo com o art. 27 do Código Penal e art. 228 da Constituição Federal, os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Foi adotado o sistema biológico,

considerando a menoridade como presunção absoluta de inimputabilidade. A legislação especial é a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Considera-se maior a partir do primeiro momento do dia em que se completa 18 anos, independentemente do horário do nascimento.

3.2.3. *Embriaguez completa acidental*

Nos moldes do art. 28, § 1º, do CP, é isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de **caso fortuito ou força maior** (ou seja, **embriaguez acidental ou involuntária**), era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A **embriaguez** é uma intoxicação causada pela ingestão de álcool. Possui três fases, a saber: 1ª) excitação; 2ª) depressão; 3ª) sono. Durante a primeira fase a embriaguez é considerada incompleta, ao passo que nas demais será **completa.**

A **embriaguez acidental ou involuntária** é aquela oriunda de *caso fortuito* (o agente não conhece o efeito inebriante da substância que ingere ou desconhece a sua própria condição fisiológica) ou *força maior* (o agente ingere álcool sob coação física irresistível). Essa é a embriaguez a que se refere o art. 28, § 1º. *Exemplo:* o agente se embriagou completamente após ingerir bebida sob coação física irresistível (força maior). Nessa situação, mesmo que venha praticar um fato típico e ilícito, não haverá culpabilidade se era, ao tempo da conduta, *inteiramente incapaz* de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2016 – PC-PE – Escrivão de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "**Situação hipotética:** Elizeu ingeriu, sem saber, bebida alcoólica, pensando tratar-se de medicamento que costumava guardar em uma garrafa, e perdeu totalmente sua capacidade de entendimento e de autodeterminação. Em seguida, entrou em uma farmácia e praticou um furto. **Assertiva:** Nesse caso, Elizeu será isento de pena, por estar configurada a sua inimputabilidade".

(FCC – 2008 – MP-PE – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "De acordo com o Código Penal, para que se considere o agente inimputável por ser inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em razão da embriaguez, é necessário que esta seja completa e proveniente de caso fortuito ou força maior".

3.3. Causas não excludentes da imputabilidade

3.3.1. *Semi-imputabilidade*

Dispõe o art. 26, parágrafo único, do CP que **a pena pode ser reduzida de um a dois terços**, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nesse caso, o agente possui certa capacidade de entender a ilicitude do fato e de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento. Não haverá exclusão da culpabilidade, mas sim a incidência de uma **causa de diminuição de pena**. O agente terá praticado um fato típico e ilícito, e não será afastada a culpabilidade. A sentença será **condenatória**, mas o juiz diminuirá a pena no momento de sua fixação.

Por outro lado, o Código Penal, seguindo o **sistema vicariante ou unitário**, prevê a hipótese de **substituição da pena por medida de segurança** para o semi-imputável. Nos termos do art. 98, ocorrendo a semi-imputabilidade, e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 a 3 anos.

O Código Penal **aboliu o sistema duplo binário**, que possibilitava a aplicação cumulativa e sucessiva de pena e medida de segurança ao semi-imputável.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – TJ-RR – Juiz de Direito) "Se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, a: a) circunstância atuará como atenuante, a ser considerada na segunda etapa do cálculo da pena; b) pena poderá ser substituída por tratamento ambulatorial, mas não por internação; c) pena será reduzida de um a dois terços, podendo-se considerar, na escolha do redutor, o grau de perturbação da saúde mental; d) hipótese será de absolvição imprópria, com imposição necessária de medida de segurança; e) pena será reduzida de um a dois terços, não se admitindo, porém, a substituição por medida de segurança". **Gabarito: C.**

(CESPE – 2006 – DPE-AC – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No tocante à imputabilidade penal: (...) O sistema adotado no Brasil para aplicação de pena ou medida de segurança é o denominado vicariante".

	Culpabilidade	Sentença	Sanção penal
Inimputável	Excluída	Absolutória (imprópria)	Medida de segurança
Semi-imputável	Não excluída	Condenatória	Pena diminuída ou medida de segurança substitutiva

O art. 319, inciso VII, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, prevê como medida cautelar diversa da prisão a **internação provisória** do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser ele inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração.

3.3.2. Emoção e paixão

De acordo com o art. 28, I, do CP, **a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal**. A **emoção** é uma forma de perturbação da consciência

de curta duração. *Exemplo:* angústia, medo, ira etc. Por sua vez, a **paixão** é uma perturbação crônica e duradoura. *Exemplo:* amor, ódio, ciúme etc.

Esses estados aliados a outros requisitos podem servir como **circunstâncias atenuantes** (CP, art. 65, III, c) ou como **causas de diminuição de pena**, mas não como causa de isenção de pena. *Exemplo (causa de diminuição):* matar alguém sob o domínio de violenta emoção (CP, art. 121, § 1º).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2007 – TJ-PI – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A emoção e a paixão, de acordo com o Código Penal, não servem para excluir a imputabilidade penal nem para aumentar ou diminuir a pena aplicada".

Obs.: a *embriaguez*, a *emoção* e a *paixão*, quando **patológicas**, podem enquadrar-se no art. 26 do Código Penal, possibilitando, assim, a exclusão da imputabilidade penal.

3.3.3. Embriaguez não acidental (voluntária ou culposa)

Nos termos do art. 28, II, do CP **não fica excluída a imputabilidade** penal pela **embriaguez, voluntária ou culposa,** decorrente do álcool ou de substâncias de efeitos análogos. A embriaguez voluntária se dá quando o agente ingere bebidas alcoólicas com a intenção de embriagar-se. A culposa, quando o agente se embriaga de forma imprudente, sem a devida intenção.

Assim, se o agente praticar um fato típico e ilícito sob o estado de **embriaguez completa, não acidental (voluntária ou culposa)**, haverá a imputabilidade penal, uma vez que o Código Penal adotou a **teoria da *actio libera in causa*** (ação livre na causa), segundo a qual se responsabiliza o agente que venha a cometer um delito decorrente de embriaguez completa (estado *posterior* de incapacidade de culpabilidade), oriunda de ingestão voluntária ou culposa de álcool ou de substâncias de efeitos análogos (estado *anterior* de capacidade de culpabilidade).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBFC – 2018 – TRF2 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O sujeito que no momento da prática do crime não era capaz de se determinar, completamente, de acordo com o entendimento do caráter ilícito do fato em razão de embriaguez culposa, poderá ter a pena reduzida de um a dois terços".

No entanto, para evitar a responsabilidade objetiva, a teoria da *actio libera in causa* (ação livre na causa), deve ser interpretada no sentido de que o agente só responderá pelo crime praticado durante o estado de embriaguez completa (estado *posterior* de incapacidade de culpabilidade) se, no momento da ingestão da substância (estado *anterior* de capacidade de culpabilidade), era esse crime:

a) Previsto e perseguido pelo agente (dolo direto);

b) Previsto e o agente tenha assumido o risco de produzi-lo (dolo eventual);

c) Previsto, mas o agente esperava levianamente que não iria ocorrer ou que poderia evitá-lo (culpa consciente);

d) Previsível (culpa inconsciente).

Conforme leciona Cirino dos Santos (p. 223), "*a actio libera in causa* tem por objeto situações de auto-incapacitação temporária, nas quais o autor, no estado *anterior* de capacidade de culpabilidade, determina a cadeia causal do fato punível, realizado no estado *posterior* de incapacidade de culpabilidade".

A culpabilidade (em seu sentido amplo) é aferida no momento em que o agente ingere a substância e não no momento do crime. Registre-se que a **culpabilidade** aqui foi tratada no sentido de ***responsabilidade subjetiva*** (análise de dolo e culpa, embora sejam estes aspectos da conduta típica), bem como no sentido de ***responsabilidade pessoal*** (culpabilidade tratada como elemento do crime ou pressuposto da pena).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP – 2015 – Promotor de Justiça) "A *actio libera in causa* se caracteriza: a) quando o agente, nos limites do livre arbítrio que rege a conduta humana, pratica o crime de forma livre e consciente; b) quando o agente, por impossibilidade de conhecer a ilicitude de sua conduta, pratica fato tipificado como crime; c) quando o agente, em estado de embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, que enseja a diminuição de pena, pratica fato definido como crime; d) quando o agente, em estado de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, que enseja isenção de pena, pratica fato definido como crime; e) quando o agente comete o crime em estado de embriaguez não proveniente de caso fortuito ou força maior". **Gabarito: E.**

(CESPE – 2009 – TRF1 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Em relação à embriaguez não acidental, o CP adotou a teoria da actio libera in causa, devendo ser considerado o momento da prática delituosa e não o da ingestão da substância, para aferir a culpabilidade do agente".

3.3.4. Embriaguez acidental incompleta

O § 2º do art. 28 prevê a possibilidade de **redução de pena de um a dois terços**, se o agente, **por embriaguez**, proveniente de caso fortuito ou força maior, ao tempo da ação ou omissão (da conduta), **não possuía a plena capacidade** de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

CESPE – 2016 – PC-PE – Escrivão de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Situação hipotética: Paulo foi obrigado a ingerir álcool por coação física e moral irresistível, o que afetou parcialmente o controle sobre suas ações e o levou a esfaquear um antigo desafeto. Assertiva: Nesse caso, a retirada parcial da capacidade de entendimento e de autodeterminação de Paulo não enseja a redução da sua pena no caso de eventual condenação".

▸ **Importante:**

Embriaguez não-acidental (voluntária ou culposa)	não isenta nem diminui a pena (art. 28, II)
Embriaguez completa acidental (involuntária)	isenta de pena (art. 28, § 1º)
Embriaguez incompleta acidental (involuntária)	não isenta, mas diminui a pena (art. 28, § 2º)

Obs.: **a embriaguez preordenada** não exclui a imputabilidade, mas sim **agrava a pena** (art. 61, II, *l*). Na verdade é uma forma de o agente encorajar-se para praticar o crime.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2015 – TCU – Auditor Federal de Controle Externo) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Situação hipotética: Cléber, com trinta e quatro anos de idade, pretendia matar, durante uma festa, seu desafeto, Sérgio, atual namorado de sua ex-noiva. Sem coragem para realizar a conduta delituosa, Cléber bebeu grandes doses de vodca e, embriagado, desferiu várias facadas contra Sérgio, que faleceu em decorrência dos ferimentos provocados pelas facadas. Assertiva: Nessa situação, configura-se embriaguez voluntária dolosa, o que permite ao juiz reduzir a pena imputada a Cléber, uma vez que ele não tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito de seus atos no momento em que esfaqueou Sérgio".

(FGV – 2015 – TCE-RJ – Auditor) "A embriaguez provocada pelo uso do álcool pode excluir a culpabilidade quando: a) for preordenada; b) decorrer de força maior e diminuir a capacidade de entender a ilicitude do fato; c) for culposa; d) for patológica; e) for habitual". **Gabarito: D.**

(CESPE – 2007 – TJ-PI – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A embriaguez involuntária incompleta do agente não é causa de exclusão da culpabilidade nem de redução de pena".

4. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

4.1. Conceito

Para que haja o juízo de reprovação é necessário que o agente possua a consciência da ilicitude do fato ou que ao menos, nas circunstâncias, tenha a possibilidade de conhecê-la.

Desse modo, a potencial consciência da ilicitude é um dos elementos da culpabilidade. Para ser imputada a pena é necessário que o agente tenha praticado o fato sabendo, ou tendo a possibilidade de saber, que sua conduta é proibida.

Não se deve confundir desconhecimento da lei penal incriminadora com o desconhecimento da ilicitude do fato (erro de proibição). No momento em que a lei é publicada no diário oficial presume-se que todos passam a conhecê-la. No entanto, é óbvio que se trata de uma ficção, pois na realidade muitas pessoas

não irão ter o conhecimento da lei. O que deve ser avaliado é se o agente possuía o conhecimento do profano, diga-se, do homem leigo na sociedade. Trata-se da chamada **valoração paralela na esfera do profano**.

Segundo asseveram Zaffaroni e Pierangeli (Manual, p. 621), "A doutrina é unânime na afirmação de que não se requer um conhecimento ou possibilidade de conhecimento da lei em si, o que não ocorre de forma efetiva nem mesmo entre os juristas. O que se requer é a possibilidade do conhecimento, denominada **'valoração paralela na esfera do profano'**, (...) que seria o conhecimento aproximado que tem o profano. Costuma-se dizer que basta o conhecimento ou possibilidade de conhecimento da antijuridicidade, sem que seja necessário o conhecimento da penalização da conduta".

Se o agente atua ou se omite sem ter a consciência da ilicitude do fato, surge o **erro de proibição.** Apesar de o agente possuir a consciência e vontade de praticar o fato, não possui a consciência da ilicitude desse fato. Não se trata de conhecer ou não os mandamentos ou proibições da esfera penal, mas sim o que é certo ou errado. *Exemplo:* mulher pratica aborto (de forma consciente e voluntária) sem ter conhecimento de ser o aborto proibido (erro sobre a norma proibitiva "não abortarás" ou "é proibido abortar").

▸ **ERRO DE TIPO X ERRO DE PROIBIÇÃO**

O erro de tipo afeta a tipicidade, ao passo que o erro de proibição afeta a culpabilidade (juízo de reprovação). No erro de tipo, o agente sequer possui a consciência do fato que praticou, vale dizer, não tem consciência que realiza os elementos objetivos do tipo. No erro de proibição, o agente possui a consciência do fato, mas não da ilicitude deste fato.

4.2. Excludente da potencial consciência da ilicitude

O **erro de proibição** ou **erro sobre a ilicitude do fato *inevitável, invencível ou escusável*** (art. 21, *caput*) ocorre quando o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando, pelas circunstâncias, não lhe era possível ter ou atingir essa consciência. É o erro em que qualquer pessoa prudente incidiria. Possui o efeito de **isentar o agente de pena (causa de exclusão da culpabilidade)**. Esse assunto é tratado no Capítulo "Erro de proibição".

4.3. Não excludente da potencial consciência da ilicitude

O **erro de proibição** ou **erro sobre a ilicitude do fato *evitável, vencível ou inescusável*** (art. 21, parágrafo único) ocorre quando o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Assim, caracteriza erro de proibição evitável quando é possível ao agente alcançar a consciência da ilicitude com esforço da inteligência e com base na

experiência de vida comum, ou ainda, quando na dúvida, propositadamente deixa de informar-se, para não ter que se abster. Observe-se que o agente, mesmo nessa hipótese, não possui a consciência da ilicitude, mas lhe era possível conhecê-la se não fosse a sua falta de zelo. Não possui o efeito de isentar o agente de pena (não exclui a culpabilidade), mas trata-se de uma causa de diminuição da pena (1/6 a 1/3). Esse assunto é tratado no Capítulo "Erro de proibição".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – TCM-GO – Procurador do Ministério Público de Contas) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A respeito das causas excludentes da culpabilidade, é correto afirmar que: (...) O desconhecimento da lei nos crimes culposos isenta o agente de pena".

5. EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

5.1. Conceito

Para que a conduta seja reprovável, além da imputabilidade e da potencial consciência da ilicitude, dever-se-á verificar se o agente podia ter praticado a conduta, em situação de normalidade, conforme o ordenamento jurídico. Caso positivo, constata-se a exigibilidade de conduta diversa.

Nos termos do art. 22 do CP, "Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem". Assim, em *situações anormais, como na* **coação moral irresistível e na obediência hierárquica**, é **inexigível conduta diversa**, hipótese em que não haverá a culpabilidade.

A Lei n. 12.850/13 (Organização Criminosa) dispõe sobre **outra causa de inexigibilidade de conduta diversa**, a saber: "Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados. Parágrafo único. Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FAURGS – 2016 – TJ-RS – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Quando reconhecido que a conduta delitiva decorre de coação irresistível ou do cumprimento de ordem de superior hierárquico não manifestamente ilegal, o agente que a praticou terá sua pena diminuída de um sexto a um terço".

5.2. Coação moral irresistível

5.2.1. *Requisitos*

Nos termos do art. 22, 1ª parte, se o fato é cometido sob coação irresistível, só é punível o autor da coação. A coação descrita no art. 22 é a **moral** irresistível (*vis compulsiva*), consistente no emprego de grave ameaça contra alguém para

que faça ou deixe de fazer alguma coisa. O coagido pratica uma conduta típica e ilícita, porém afasta-se a culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa).

O coagido se vê diante da seguinte situação: ou pratica a conduta (típica e ilícita) a que está sendo obrigado ou sofrerá um grave mal.

Exemplo: 'A', mediante emprego de arma de fogo, ameaça matar 'B', caso esse deixe de praticar um furto contra 'C'. 'B' ao furtar 'C' pratica um fato típico e ilícito (CP, art. 155), mas não haverá reprovação de sua conduta diante da inexigibilidade de conduta diversa. Neste exemplo, o **coator** figura como **autor mediato**, pois se serve de um agente-instrumento (coagido) para a prática de seu crime.

Obs.: a coação **física** irresistível exclui a conduta (não há voluntariedade). Na coação **moral** irresistível (art. 22) se encontra presente a vontade do coagido, embora viciada pela coação (*vis compulsiva*).

A ameaça deve ser grave e irresistível. **Grave** é a ameaça de o coagido sofrer um mal. Esse mal pode ser contra o próprio coagido (sua pessoa ou seus bens) ou contra uma pessoa de sua família ou com quem possua relação afetiva. **Irresistível** é ameaça que não pode ser superada pelo coagido, mesmo com a ajuda de terceiros. A irresistibilidade tem como parâmetro o homem médio.

Se a coação for resistível, o coagido responderá pelo crime, mas de forma atenuada (CP, art. 65, III, c, 1ª parte). Caso a coação irresistível seja física, anula-se a vontade do coagido, resultando, assim, na exclusão da própria conduta.

Na coação moral irresistível, em regra, é necessária a **presença de três pessoas: o coator, o coagido (coacto) e a vítima**. Predomina o entendimento de não ser possível a situação de o coator ser a própria vítima, pois teríamos a situação de autor (coator) e vítima na mesma pessoa.

Em julgamento antigo, o STF (1ª T., HC 57374, j. 12/02/1980) decidiu que a coação moral irresistível pressupõe sempre três pessoas: o agente, a vítima e o coator. Sobre o tema, registre-se que o STJ (6ª T., REsp 25.121, j. 28/06/1993) também seguiu essa linha, acrescentando posicionamento doutrinário no sentido que a coação irresistível não pode provir da vítima; deve partir de outrem que aniquila a vontade do agente para obrigá-lo a fazer, ou a deixar de fazer, o que desejava, aquilo que livremente faria. Entretanto, existem decisões em sentido contrário.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDEP – 2017 – MP-MG – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Que a coação física irresistível é causa de isenção de pena".

(CESPE – 2007 – TCM-GO – Procurador) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Consoante entendimento do STF, a excludente da coação moral irresistível pressupõe sempre três pessoas: o agente, a vítima e o coator".

5.2.2. *Efeitos*

O **coagido (coacto)** pratica um fato típico e ilícito (crime para a teoria bipartida), mas exclui-se a *culpabilidade* (**isenção de pena**) em virtude da ausência de um de seus elementos (exigibilidade de conduta diversa).

O **coator** responderá pelo crime praticado pelo coagido, bem como pelo crime que ele cometeu contra o coagido, que poderá configurar, dependendo do caso, constrangimento ilegal (art. 146 do CP) ou tortura (Lei nº 9.455/97).

Ademais, há previsão da seguinte circunstância agravante no art. 62, II, do CP: "A pena será ainda agravada em relação ao agente que: II – coage (...) outrem à execução material do crime".

Parte da doutrina sustenta que se o agente responder pelo art. 146 do CP ou pelo crime de tortura, a agravante não poderá incidir sob pena de configurar *bis in idem*.

▸ **Importante:**

a) Coação moral irresistível (art. 22)	O fato é típico e ilícito, mas em relação ao coagido exclui-se a *culpabilidade* (isenção de pena) em virtude da ausência de um de seus elementos (exigibilidade de conduta diversa). O coator responde pelo crime praticado pelo coagido, com a pena agravada (CP, art. 62, II), bem como por constrangimento ilegal ou tortura, dependendo do caso.
b) Coação resistível	O fato é típico, ilícito e o agente (coagido) culpável. Na fixação da pena, deverá o juiz reconhecer uma *circunstância atenuante* (CP, art. 65, III, *c*). O coator, por sua vez, responde pelo crime praticado pelo coagido, com a pena agravada (CP, art. 62, II).
c) Coação física irresistível	Não há *conduta* por parte do coagido em virtude da ausência de voluntariedade. Assim, o coagido sequer praticou um crime. O coator responde pelo seu próprio crime. É chamada de *vis absoluta* ou *vis corporalis*.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2018 – PC-SE – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Em um clube social, Paula, maior e capaz, provocou e humilhou injustamente Carlos, também maior e capaz, na frente de amigos. Envergonhado e com muita raiva, Carlos foi à sua residência e, sem o consentimento de seu pai, pegou um revólver pertencente à corporação policial de que seu pai faz parte. Voltando ao clube depois de quarenta minutos, armado com o revólver, sob a influência de emoção extrema e na frente dos amigos, Carlos fez disparos da arma contra a cabeça de Paula, que faleceu no local antes mesmo de ser socorrida. A culpabilidade de Carlos poderá ser afastada por inexigibilidade de conduta diversa".

(CESPE – 2018 – Polícia Federal – Delegado de Polícia Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Arnaldo, gerente de banco, estava dentro de seu veículo juntamente com familiares quando foi abordado por dois indivíduos fortemente armados, que ameaçaram os ocupantes do veículo e exigiram de Arnaldo o fornecimento de determinada senha para a realização de uma operação bancária, o que foi por ele prontamente atendido. Nessa situação, o uso da senha pelos indivíduos para eventual prática criminosa excluirá a culpabilidade de Arnaldo".

(FCC – 2015 – TJ-AL – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A coação moral irresistível constitui causa de exclusão da antijuridicidade".

(CESPE – 2015 – DPE-PE – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A coação física irresistível configura hipótese jurídico-penal de ausência de conduta, engendrando, assim, a atipicidade do fato".

(FCC – 2015 – TCM-GO – Procurador do Ministério Público de Contas) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: (...) "Na coação moral irresistível o coator responde por dolo e o coacto por culpa".

(CESPE – 2009 – MP-RN – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A coação física, quando elimina totalmente a vontade do agente, exclui a conduta; na hipótese de coação moral irresistível, há fato típico e ilícito, mas a culpabilidade do agente é excluída; a coação moral resistível atua como circunstância atenuante genérica".

(TJ-MG – 2007 – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A coação física irresistível exclui a ação; a coação moral exclui a culpabilidade; a coação física ou moral, sendo resistível, atenua a pena".

5.3. Obediência hierárquica

5.3.1. *Requisitos*

A segunda parte do art. 22 estabelece que se o fato é cometido em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da ordem.

Assim, deve haver uma **ordem ilegal, mas não manifestamente ilegal**. Essa ordem ilegal é emanada de um **superior hierárquico** e dirigida a um **subordinado**, na esfera das **relações de direito administrativo.**

Atenção: a obediência hierárquica (art. 22) **não se aplica às relações de direito privado**, como as familiares (ex.: pai e filho) e as de trabalho (empregador e empregado).

Exemplo: o juiz determina que o oficial de justiça prenda em flagrante delito um promotor de justiça pela prática de um crime afiançável (hipótese em que não caberia o flagrante de um promotor de justiça). Caso se verifique que o oficial de justiça realmente não possuía o conhecimento de se tratar de uma ordem ilegal, ficará isento de pena.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – TCM-GO – Procurador do Ministério Público de Contas) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: (...) "Na obediência hierárquica é dispensável a existência de relação de direito público entre superior e subordinado".

(CESPE – 2009 – MP-RN – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Verifica-se a situação de obediência hierárquica tanto nas relações de direito público quanto nas de direito privado, uma vez que, nas duas hipóteses, é possível se identificar o nexo entre o subordinado e o seu superior".

5.3.2. *Efeitos*

O **subordinado** terá praticado um fato típico e ilícito, porém será **isento de pena.**

O **superior hierárquico** responderá pelo fato considerado crime praticado pelo subordinado. Entretanto, caso o próprio superior não tenha consciência da ilicitude da ordem, poderá ser isento de pena ou ter a sua pena diminuída, conforme art. 21 (erro de proibição).

▸ **ORDEM**

Dependendo da natureza da ordem, poderá ocorrer uma excludente da ilicitude, uma excludente da culpabilidade ou mesmo não incidir nenhuma excludente. Isto porque a ordem pode ser:

a) *Ordem legal*: não existe crime, pois o subordinado encontra-se no cumprimento de dever legal (excludente de ilicitude).

b) *Ordem ilegal*: subdivide-se em:

➢ *Não manifestamente ilegal (ilegalidade de difícil percepção)*: o subordinado não responderá pelo crime, uma vez que, por erro de apreciação, supôs obedecer à ordem legal. Nessa hipótese aplica-se o art. 22 do CP.

➢ *Manifestamente ilegal*: superior e inferior hierárquico responderão pelo crime, uma vez que este poderia ter facilmente percebido a ilegalidade. Pode ocorrer que, mesmo sendo a ordem claramente ilegal, o subordinado, por erro de proibição evitável, tenha suposto que se tratava de ordem legal. Nesse caso, responderá pelo delito, mas com a incidência de uma causa de diminuição (art. 21, parte final).

5.4. Causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa

5.4.1. Introdução

Não é pacífica a aceitação de causas supralegais de exclusão da culpabilidade. Vejamos algumas argumentações acerca dos entendimentos: 1º) as hipóteses de exclusão da culpabilidade devem ser taxativas, sob pena de enfraquecer a eficácia da prevenção geral do Direito Penal, de modo que não se admitem causas supralegais; 2º) como o legislador não é capaz de prever todas as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa, é de ser reconhecida a causa supralegal, já que o comportamento, apesar de típico e antijurídico, não é reprovável. Nesse sentido: "Não basta que o autor da conduta típica e ilícita seja imputável e tenha potencial conhecimento da ilicitude, sendo necessário, ainda, que, nas circunstâncias concretas, tivesse a possibilidade de atuar de acordo com o ordenamento. Por mais previdente que seja o legislador, não é possível prever em abstrato todas as hipóteses inexigibilidade de conduta diversa do agente no

caso concreto, motivo pelo qual admite-se dirimentes outras, diferentes daquelas elencadas em lei (CP, art. 22), porquanto são meramente exemplificativas" (STJ, 5ª T., HC 349.744, j. 22/09/2016). Adotamos esse segundo posicionamento, tendo em vista que diante de circunstâncias anormais poderá resultar a incapacidade de autodeterminação da pessoa, e, por conseguinte, não haverá um dos pilares da culpabilidade.

5.4.2. Cláusula de consciência

Nos termos do art. 5º, VI, da CF, é garantida a *liberdade de crença e de consciência*. Essa liberdade possui limites, i.e., não deve afrontar outros direitos fundamentais individuais ou coletivos. De acordo com Juarez Cirino dos Santos, "o *fato de consciência* constitui a experiência existencial de um sentimento interior de obrigação incondicional, cujo conteúdo não pode ser valorado como *certo* ou *errado* pelo juiz, que deve verificar, exclusivamente, a correspondência entre *decisão exterior* e *mandamentos morais* da personalidade" (*A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 264). Ex.: marido, por motivos religiosos, incentiva a esposa a não se submeter à transfusão de sangue, vindo ela a falecer. Nesse caso, a vítima possuía a livre decisão e optou por não realizar a transfusão. Diferente é a situação dos pais na recusa da necessária transfusão de sangue ao filho menor, pois nessa situação o filho não pode optar em realizá-la.

5.4.3. Desobediência civil

Consiste em atos de rebeldia com a finalidade de mostrar publicamente a injustiça da lei e induzir o legislador a modificá-la. Admite-se a exculpação somente quando fundada na proteção de direitos fundamentais e o dano for juridicamente irrelevante. (DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 428). Ex.: bloqueios de estrada, ocupações, manifestações de presidiários visando à proteção dos direitos humanos etc.

5.4.4. Conflito de deveres

Tem como fundamento a *escolha do mal menor*. Ex.: empresário que, visando a manter o funcionamento da empresa, deixa de recolher as contribuições previdenciárias em virtude da precária situação financeira. A propósito, as seguintes decisões do TRF4: "1. A causa supralegal excludente da culpabilidade denominada 'inexigibilidade de conduta diversa' somente é considerada se atendidos os dois requisitos que lhe dão sustentação: 1) graves dificuldades econômico-financeiras da empresa; e 2) extremo esforço de salvação da empresa por parte dos controladores, inclusive com o sacrifício de bens/direitos particulares. (...)" (8ª T., ACR 200472050023548, j. 02/08/2006); "A dificuldade econômica, geradora de possível excludente, seja de ilicitude (estado de necessidade) ou de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa), além de se constituir em ônus probatório exclusivo da defesa, há de estar amparada em robusto conjunto probatório, uma vez que deve ser analisada a partir de circunstâncias objetivas" (8ª T., ACR 5043619-67.2015.4.04.7000, j. 18/07/2018); "(...) 4. As graves dificuldades financeiras

enfrentadas pela pessoa jurídica para adimplir a obrigação tributária constituem causa excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, desde que comprovadas pela defesa. 5. Não tendo a defesa se desincumbido deste ônus, e comprovados a materialidade, autoria e o dolo, deve ser mantida a condenação pela prática do crime previsto no art. 168-A, §1º, inc. I, do Código Penal" (8ª T., ACR 5065117-21.2012.4.04.7100, j. 16/12/2020).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – TJ-AL – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A inexigibilidade de conduta diversa constitui causa supralegal de exclusão da ilicitude".

(CEFET-BA – 2015 – MP-BA – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A desobediência civil e a cláusula de consciência são exemplos de causas de exclusão de culpabilidade".

(TJ-SC – 2013 – Juiz de Direito) *Questão discursiva*: "Discorra, em até 30 (trinta) linhas, a respeito das exculpantes supralegais (a. fato de consciência; b. provocação da situação de legítima defesa; c. desobediência civil; e, d. conflito de deveres.)".

6. COCULPABILIDADE

As pessoas praticam condutas diante de determinada circunstância e de acordo com sua capacidade de autodeterminação. Esta, por sua vez, é moldada durante a vida e, portanto, sofre interferências sociais. Com efeito, como a sociedade organizada não consegue garantir a todos os homens as mesmas oportunidades, acaba por gerar, aos menos favorecidos, um menor âmbito de autodeterminação, condicionado por causas sociais (Zaffaroni e Pierangeli, *Manual*, p. 611), de sorte que a sociedade contribui para o delito e deverá arcar com sua parcela de culpa (coculpabilidade).

A sociedade, deixando de cumprir seus deveres essenciais de assistência aos necessitados, renuncia ao dever de punição (DOTTI, René Ariel, ob. cit., p. 429).

No Brasil, a teoria da coculpabilidade, como hipótese de exclusão da culpabilidade, não possui aceitação pelos Tribunais Superiores: "A teoria da coculpabilidade não pode ser erigida à condição de verdadeiro prêmio para agentes que não assumem a sua responsabilidade social e fazem da criminalidade um meio de vida. Ora, a mencionada teoria, 'no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos'" (STJ, 5ª T., HC 213482, j. 17/09/2013). Idem: STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1770619, j. 06/06/2019.

Entretanto, parcela minoritária da doutrina e da jurisprudência aceita a coculpabilidade como hipótese de **circunstância atenuante genérica** (CP, art. 66). Nesse sentido: "É de se reconhecer a circunstância atenuante inominada, descrita no art. 66 do Código Penal, quando comprovado o perfil social do acusado, desempregado, miserável, sem oportunidades na vida, devendo o Estado, na esteira da coculpabilidade citada por Zaffaroni, espelhar a sua responsabilidade

pela desigualdade social, fonte inegável dos delitos patrimoniais, no juízo de censura penal imposto ao réu. Tal circunstância pode e deve, também, atuar como instrumento da proporcionalidade na punição, imposição do Estado Democrático de Direito" (TJMG, 1.0702.06.296608-1/001(1), Rel. Alexandre Victor de Carvalho, j. 27/03/2007); "A atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal pode se valer da teoria da coculpabilidade como embasamento, pois trata-se de previsão genérica, que permite ao magistrado considerar qualquer fato relevante - anterior ou posterior à prática da conduta delitiva - mesmo que não expressamente previsto em lei, para reduzir a sanção imposta ao réu" (STJ, 5ª T., HC 411243, j. 07/12/2017); "O art. 66 do Código Penal prevê uma circunstância legal genérica, que permite ao magistrado considerar qualquer fato relevante - anterior ou posterior à prática da conduta delitiva - mesmo que não expressamente previsto em lei, para reduzir a sanção imposta ao réu. De acordo com parte da doutrina, esta atenuante atrela-se à ideia de coculpabilidade, embora não se restrinja a ela" (STJ, 5ª T., HC 509589, j. 11/02/2020).

Grégore Moura (*Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal*, p. 1), ao discorrer sobre o tema, assevera que "a co-culpabilidade é uma *mea-culpa* da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito da nossa Carta magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude da sua posição de hipossuficiente e abandonado pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2019 – DPE-SP – Defensor Público) De acordo com a teoria da coculpabilidade, na forma como foi proposta por Eugenio Raúl Zaffaroni: a) a sociedade é corresponsável pela prática do delito por ter deixado de oferecer ao agente as condições sociais necessárias para uma vida digna, o que fez com que ele fosse compelido à prática do delito, havendo um determinismo social. b) o agente que não teve acesso às mesmas oportunidades e direitos conferidos a outros indivíduos da sociedade possui limitado âmbito de autodeterminação, o que enseja a redução do seu grau de culpabilidade. c) na medida em que a miserabilidade do agente constitui um fator que reduz sua liberdade de escolha e contribui para a adoção do comportamento ilícito, é possível concluir que a pobreza é uma das causas da criminalidade. d) o Estado é corresponsável pela criminalidade por ter deixado de oferecer a todos os indivíduos direitos e oportunidades iguais, devendo descriminalizar os delitos patrimoniais que são típicos das classes menos favorecidas. e) a situação de miserabilidade em que vive o agente o condicionam à realização do comportamento ilícito, devendo ser excluída a sua culpabilidade uma vez que ele não dispõe de qualquer liberdade de vontade. **Gabarito: B.**

(FAURGS – 2016 – TJ-RS – Assessor Judiciário) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O princípio da coculpabilidade reconhece que o Estado também é responsável pelo cometimento de determinados delitos em razão das desigualdades sociais e econômicas. Tal circunstância pode ser considerada na dosimetria da pena, uma vez que o Código Penal prevê, no art. 66, uma atenuante inominada".

(MP-MS – 2011 – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "No ordenamento jurídico penal brasileiro há previsão da aplicação do princípio da coculpabilidade na fixação da pena?"

Grégore Moura (*O princípio da co-culpabilidade no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006) destaca que na legislação pátria se pode constatar a **coculpabilidade às avessas**, a qual se manifesta:

- No abrandamento da punição penal aos sujeitos ativos de *white-collar crimes* (crimes de cifra dourada), ou seja, pessoas com alto poder econômico e social que praticam delitos contra a ordem econômica, contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro. Pode-se citar como exemplo o pagamento dos tributos devidos nos crimes de sonegação, acarretando a extinção da punibilidade.
- Na tipificação, pelo Estado, de condutas que estão à margem da sociedade, como as contravenções da vadiagem (art. 59) e da mendicância (art. 60, atualmente revogado), demonstrando que há rotulação e seleção por parte do Direito Penal, o que acaba por inverter a teoria da corresponsabilidade do Estado.

Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(MP-MG – 51º Concurso) *Prova Discursiva*: A "coculpabilidade às avessas" vem sendo desenvolvida, doutrinariamente, em duas perspectivas. Quais são elas?

7. VULNERABILIDADE (CULPABILIDADE PELA VULNERABILIDADE)

7.1. Criminalização primária e secundária. Da cifra oculta da criminalidade

Denomina-se criminalização o processo de seleção realizado pelo Estado (detentor do Poder) de quem será submetido a punição. Como bem explicam Zaffaroni e outros (Direito Penal, p. 43), a criminalização primária é a elaboração das leis penais, ao passo que o programa deve ser cumprido pelas agências de criminalização secundária (Polícia, Ministério Público, Judiciário e agentes penitenciários).

7.2. Seletividade e vulnerabilidade

Como as agências de criminalização não possuem estrutura para realizar o programa (criminalização primária), acaba realizando apenas uma pequena parcela, de sorte que surge a chamada **cifra oculta ou negra** da criminalidade (diferença dos crimes efetivamente ocorridos com a parcela que chega ao conhecimento das instâncias penais ou que são efetivamente punidos).

Obs.: em relação aos crimes de colarinho branco (financeiros, tributários etc.) utiliza-se a expressão **cifra dourada** da criminalidade.

Em razão dessa falta de condições operacionais das agências, ocorre uma **seleção** do criminoso, a qual é condicionada por outras agências (comunicação social, agências políticas). Assim, a "inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma

distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais *vulneráveis à criminalização secundária*, porque: **a)** suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; **b)** sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e **c)** porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia que se auto-realiza)" (Zaffaroni e outros, ob. cit., p. 47).

A pessoa que se amolda a um estereótipo não precisa fazer grande esforço para se colocar em uma *situação de vulnerabilidade* (posição concreta de risco criminalizante), já que se encontra em um *estado de vulnerabilidade*. Com efeito, "o estado de vulnerabilidade será mais alto ou mais baixo consoante a correspondência com o estereótipo for maior ou menor" (...) "Quem, ao contrário, não se enquadrar em um estereótipo, deverá fazer um esforço considerável para posicionar-se em situação de risco criminalizante, de vez que provém de um estado de vulnerabilidade relativamente baixo" (op. cit., p. 49-50).

7.3. Culpabilidade pela vulnerabilidade

Na tentativa de superar os entraves técnicos da coculpabilidade, principalmente para não cair na formulação que se vincula à ideia de que criminalidade é gerada pela pobreza, Zaffaroni formulou o conceito de **culpabilidade pela vulnerabilidade.**

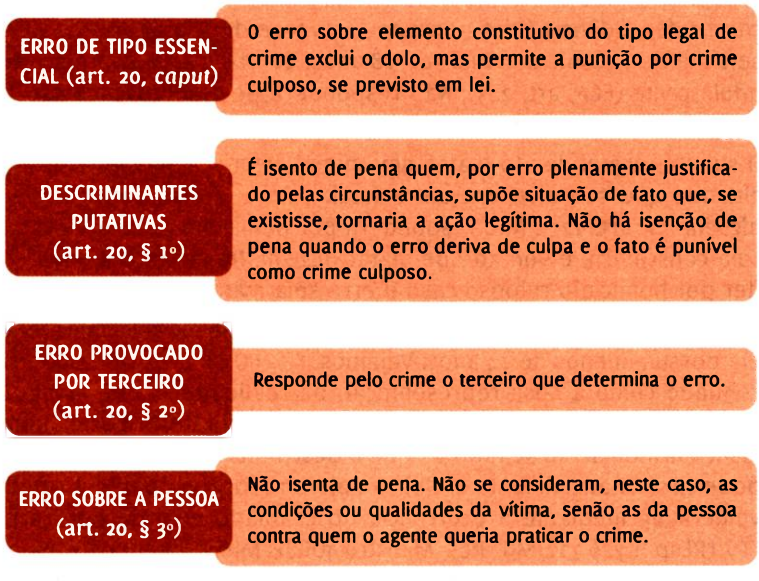
No momento da aferição da culpabilidade e da resposta estatal, deverá ser observado o *estado de vulnerabilidade* (aferido pelo estereótipo) e a *situação de vulnerabilidade* (posição concreta criminalizante). A pessoa que se amoldar ao estereótipo ou pertencer a uma classe social, não precisa fazer um esforço considerável para posicionar-se em uma situação de risco criminalizante (situação de vulnerabilidade), já que provém de um estado de vulnerabilidade relativamente alto, de sorte que a reprovabilidade será menor.

Exemplo: uma pessoa pobre, socialmente excluída, desempregada e sem formação profissional, encontra-se em um alto estado de vulnerabilidade e, por conseguinte, é mais propensa (exige-se menos esforço) a sofrer a incidência do Direito Penal (que se daria, por exemplo, com a prática de crimes patrimoniais, como furto e roubo). Sua reprovabilidade será menor em razão de seu maior estado de vulnerabilidade. Ao contrário, uma pessoa que se encontra em baixo estado de vulnerabilidade, terá maior reprovação no momento da aplicação da pena.

Trata-se, então, de uma concepção limitadora ou redutora do poder punitivo, eis que protege o indivíduo que se encontra em estado de vulnerabilidade, resultando na fórmula: maior o estado de vulnerabilidade menor será a pena.

Capítulo XII

Erro de tipo



1. ERRO DE TIPO ESSENCIAL

> **Art. 20.** O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

1.1. Conceito

Erro de tipo essencial é aquele que recai sobre os elementos constitutivos do tipo penal (art. 20, *caput*) ou sobre as circunstâncias. O sujeito possui uma falsa representação da realidade, ou seja, o agente pratica um fato descrito no tipo penal sem ter a devida consciência de sua conduta.

No erro de tipo o sujeito não possui consciência e vontade de realizar o tipo objetivo. Ante a ausência desse querer, não haverá o dolo. Na verdade, existe a **tipicidade objetiva** (os elementos objetivos do tipo se realizam), não havendo a

tipicidade subjetiva (elementos subjetivos do tipo) do crime doloso. Porém, se o tipo penal possuir a modalidade culposa, é possível que o agente responda por crime culposo.

Exemplos:

- O sujeito subtrai coisa *alheia* móvel pensando que a coisa é própria. Ocorre o erro sobre a elementar *alheia* (CP, art. 155). Não responderá por furto por não haver dolo, pois o sujeito não possuía a consciência e vontade de subtrair coisa *alheia*. Assim, apesar de realizar os elementos do tipo objetivo (subtrair coisa alheia móvel), o agente não agiu com dolo, pois não quis subtrair coisa *alheia*. Como não há dolo, não há tipicidade subjetiva.
- O sujeito vende a um adolescente *produtos cujos componentes possam causar dependência física* pensando, em face de sua aparência física, que se trata de pessoa com mais de 18 anos. Ocorre o erro sobre a elementar *adolescente* (ECA, art. 243). Não responderá pelo delito, pois não possuía consciência e vontade de vender o produto ao menor.
- O sujeito, pretendendo matar um animal, vem a matar uma pessoa imaginando que seu alvo era um animal. Ocorre o erro sobre a elementar *alguém* (CP, art. 121). Não responderá por homicídio doloso, pois não possuía consciência e vontade de matar *alguém*. No entanto, poderá responder por homicídio culposo caso o erro seja evitável.
- O sujeito pratica conjunção carnal com uma menor desconhecendo que ela possuía menos de 14 anos. Vejamos: "(...) O erro de tipo pode ser conceituado como a falsa representação da realidade, o que afasta o dolo, não havendo crime. Nessa linha, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o desconhecimento da idade da vítima pode circunstancialmente excluir o dolo do acusado quanto à condição de vulnerável, mediante a ocorrência do chamado erro de tipo (art. 20 do CP) (REsp 1.746.712/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 14/8/2018, DJe 22/8/2018). 3. Pela leitura das decisões proferidas pelas instâncias de origem, verifica-se que o envolvido incorreu em erro sobre a idade da vítima, que é circunstância elementar do delito de estupro de vulnerável. Dessa forma, deve haver a exclusão do dolo de sua conduta e, consequentemente, o afastamento de sua condenação" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1693341, j. 27/08/2019).

Obs.: "(...) 2. Por força do recente julgamento do REsp Repetitivo n. 1.480.881/PI, Rel. Ministro Rogerio Schietti, a Terceira Seção desta Corte Superior sedimentou a jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos. Súmula n. 593 do STJ. 3. Na espécie, a ofendida, à época com 12 anos de idade, foi submetida à prática de conjunção carnal. O réu, naquele tempo, contava 22 anos de idade. 4. O erro quanto ao elemento objetivo do tipo deve ser inescusável e, aceitar, com largueza, a incidência dessa excludente de tipicidade nos delitos de natureza sexual pode, com muita facilidade e conveniência, definir a responsabilidade penal do ato a partir da avaliação subjetiva do agente sobre o corpo da vítima" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1847890, j. 28/04/2020).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2020 – TJ-PA – Analista Judiciário) Na confraternização de final de ano de um tribunal de justiça, Ulisses, servidor do órgão, e o desembargador ganharam um relógio da mesma marca – em embalagens idênticas –, mas de valores diferentes, sendo consideravelmente mais caro o do desembargador. Ao ir embora, Ulisses levou consigo, por engano, o presente do desembargador, o qual, ao notar o sumiço do relógio e acreditando ter sido vítima de crime, acionou a polícia civil. Testemunhas afirmaram ter visto Ulisses com a referida caixa. No dia seguinte, o servidor tomou conhecimento dos fatos e dirigiu-se espontaneamente à autoridade policial, afirmando que o relógio estava na casa de sua namorada, onde fora apreendido. Nessa situação hipotética, a conduta de Ulisses na festa caracterizou: a) erro de tipo. b) excludente de ilicitude. c) arrependimento posterior. d) erro de proibição. e) crime impossível. **Gabarito: A.**

(FUMARC – 2018 – PC-MG – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Mãe que, a fim de cuidar do machucado de seu filho, aplica sobre o ferimento ácido, pensando tratar-se de pomada cicatrizante, age em erro de proibição".

(FCC–2015–DPE-MA–Defensor Público) "Se o agente oferece propina a um empregado de uma sociedade de economia mista, supondo ser funcionário de empresa privada com interesse exclusivamente particular, incide em: a) erro sobre a pessoa; b) descriminante putativa; c) erro de tipo; d) erro sobre a ilicitude do fato inevitável; e) erro sobre a ilicitude do fato evitável". **Gabarito: C.**

(MP-MG – 2008 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Supondo ser a sua, o agente retira da esteira de um aeroporto a mala pertencente a outra pessoa. Quando aguardava a chegada de um táxi, o proprietário da mala a reconhece e busca socorro junto à autoridade policial, que prende o agente em flagrante pelo crime de furto. Nesse caso, o agente: (...) atuou em erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a tipicidade do fato".

Atenção:

ERRO DE TIPO PSIQUICAMENTE CONDICIONADO: em certos casos, é possível que o agente pratique uma conduta que preencha os requisitos do tipo objetivo, mas não tenha capacidade psíquica de dolo em razão de certos males psíquicos como alucinações ou ilusões. Ex.: lenhador sofre uma ilusão ótica e percebe uma árvore e resolve cortá-la, quando na verdade vem a matar um homem (Zaffaroni e Pierangeli, p. 497).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR – 2016 – Promotor de Justiça) "Mévio, lenhador, está trabalhando já há mais de 12 horas cortando árvores com seu afiado machado. Quando passa para a árvore seguinte, sofrendo uma ilusão de ótica pelo seu cansaço, confunde as pernas de seu amigo Lupércio com o tronco de uma árvore, desferindo contra ele vigoroso golpe de machado, lesionando-o. Neste caso, pode-se dizer que Mévio agiu: a) Em estado de erro de proibição psiquicamente condicionado; b) Em estado de erro de tipo psiquicamente condicionado; c) Em estado de erro de proibição indireto; d) Em estado de erro de tipo permissivo; e) Com dolo eventual".

Gabarito: B.

1.2. Formas e efeitos

1.2.1. *Erro de tipo inevitável, invencível ou escusável*

Erro que não podia ser evitado, mesmo o sujeito sendo diligente. Como consequência haverá a **exclusão do dolo e da culpa.**

1.2.2. *Erro de tipo evitável, vencível ou inescusável*

Erro que podia ser evitado pelo sujeito se tivesse maior diligência. Houve a inobservância do dever de cuidado. Como consequência haverá a **exclusão do dolo**, podendo subsistir o crime culposo, desde que seja prevista a forma culposa no tipo penal.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC - 2020 - TJ-MS - Juiz de Direito) Foi considerado *incorreto* afirmar que "o erro sobre elemento do tipo exclui o dolo e, por isso, incide sobre a ilicitude do comportamento, refletindo na culpabilidade, de modo a excluí-la ou atenuá-la".

(CESPE - 2019 - TJ-PR - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O erro sobre elemento constitutivo do tipo penal exclui o dolo, se inevitável, ou diminui a pena de um sexto a um terço, se evitável".

(TRF2 - 2017 - Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O erro de tipo exclui a ilicitude, mas permite a punição culposa do fato, quando vencível".

(MP-SP - 2015 - Promotor de Justiça) "O erro de tipo: a) exclui a culpabilidade do agente pela ausência e impossibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato que pratica; b) exclui a culpabilidade porque o agente, ao tempo do crime, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento; c) exclui o dolo, pois se trata de conduta típica justificada pela norma permissiva; d) exclui o dolo, tendo em vista que o autor da conduta desconhece ou se engana em relação a um dos componentes da descrição legal do crime, seja ele descritivo ou normativo; e) exclui a punibilidade por se tratar de causa de isenção de pena prevista para determinados crimes". **Gabarito: D.**

(FCC - 2015 - TJ-PE - Juiz de Direito) "Em matéria de erro, correto afirmar que: a) o erro sobre a ilicitude do fato exclui a culpabilidade, por não exigibilidade de conduta diversa; b) o erro sobre elemento constitutivo do tipo penal não exclui a possibilidade de punição por crime culposo; c) o erro sobre a ilicitude do fato, se evitável, isenta de pena; d) o erro sobre elemento constitutivo do tipo penal exclui a culpabilidade; e) o erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena, considerando-se as condições ou qualidades da vítima, e não as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime". **Gabarito: B.**

ERRO DE TIPO ESSENCIAL

- **INEVITÁVEL:** exclui dolo e culpa
- **EVITÁVEL:** exclui dolo, mas permite a punição por crime culposo

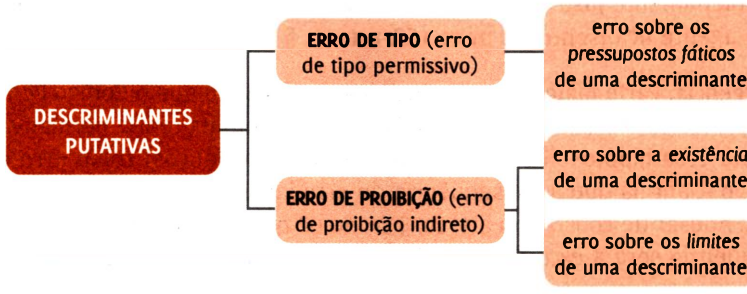
2. DESCRIMINANTES PUTATIVAS POR ERRO DE TIPO

Art. 20, § 1º. É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

2.1. Introdução

Trata-se de uma das hipóteses de **descriminantes putativas**, ou seja, de causas de exclusão da ilicitude imaginárias (ex.: legítima defesa putativa, estado de necessidade putativo).

Inicialmente cumpre ressaltar que, segundo a teoria limitada da culpabilidade (adotada pelo CP), as **descriminantes putativas** podem ser por **erro de tipo** (erro sobre a *situação fática* de uma descriminante – art. 20, § 1º) ou por **erro de proibição** (erro sobre a *existência* ou *limites* da descriminante – art. 21). Vejamos:



▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDEP – 2019 – DPE-MG – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Descriminantes putativas ocorrem quando o agente supõe que está agindo licitamente, imaginando que se encontra presente uma das causas excludentes de ilicitude previstas em lei".

2.2. Erro sobre a situação de fato de uma descriminante

A modalidade em estudo (art. 20, § 1º) trata da descriminante putativa que recai sobre os **pressupostos fáticos de uma causa de exclusão da ilicitude** (estado de necessidade, legítima defesa etc.). É chamada de **erro de tipo permissivo**. As demais modalidades de descriminantes putativas, se tratarem de erro de proibição, serão estudadas no próximo capítulo.

No erro de tipo permissivo (art. 20, § 1º), o agente pratica uma conduta supondo situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima (amparada por uma descriminante real).

Exemplo: João, de madrugada, para seu veículo diante de um semáforo, ocasião em que José (lavador de para-brisa) vem em sua direção segurando um puxador de água (rodinho), o qual, pelas suas características, assemelha-se com um instrumento cortante. João, **imaginando que está diante de uma situação de agressão (situação fática)**, haja vista a suposição de que José estivesse segurando uma arma, saca seu revólver e efetua um disparo contra este.

Na realidade, neste exemplo, sequer havia uma **situação de agressão (pressuposto fático para que houvesse a legítima defesa)**, de sorte que não

ocorreu legítima defesa real, pois para a *reação* ser legítima deve haver uma situação de *agressão humana*. Trata-se, no entanto, de legítima defesa putativa (imaginária).

2.3. Formas e efeitos

2.3.1. *Erro inevitável, invencível ou escusável*

É aquele que não podia ser evitado, mesmo o sujeito sendo diligente. O erro foi plenamente justificado pelas circunstâncias. Segundo consta no referido artigo, o agente fica **isento de pena** (CP, art. 20, § 1º, primeira parte).

Divergência. Parte majoritária da doutrina, justificando que o Código Penal adotou a chamada *teoria limitada da culpabilidade* (vertente da teoria normativa pura) - que trata essa hipótese (erro sobre os pressupostos fáticos) como erro de tipo permissivo -, afirma que a consequência do erro inevitável é a **exclusão do dolo e da culpa**. Apesar de constar no art. 20, § 1º, do CP que o agente fica *isento de pena*, a consequência será a *exclusão da tipicidade (ausência de dolo e culpa)*.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR - 2019 - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Para a Teoria limitada da culpabilidade o erro que recai sobre a existência ou os limites legais de uma causa de justificação exclui a culpabilidade se inevitável".

2.3.2. *Erro evitável, vencível ou inescusável*

O erro podia ser evitado pelo sujeito se tivesse maior diligência. Segundo o CP, *não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo* (CP, art. 20, § 1º, segunda parte). Trata-se da hipótese denominada de **culpa imprópria**.

Observação: grande parcela doutrinária admite tentativa na culpa imprópria, por se tratar, na realidade, de fato doloso punido culposamente a título de política criminal.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SC - 2019 - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Na legislação brasileira as consequências do erro evitável sobre os pressupostos fáticos de uma excludente de ilicitude são as mesmas do erro de tipo, e não as do erro de proibição".

(FUNDEP - 2017 - MP-MG - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Que o erro, quanto aos pressupostos fáticos, se vencível, permite o tratamento do crime como culposo".

(FCC - 2015 - TJ-SC - Juiz de Direito) "O elemento subjetivo derivado por extensão ou assimilação decorrente do erro de tipo evitável nas descriminantes putativas ou do excesso nas causas de justificação amolda-se ao conceito de: a) culpa imprópria; b) dolo eventual; c) culpa inconsciente; d) culpa consciente; e) dolo direto". **Gabarito: A.**

ERRO DE TIPO PERMISSIVO (art. 20, § 1º)

É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

2.4. Natureza jurídica (discussão doutrinária) do erro sobre os pressupostos fáticos

Segundo a **teoria limitada da culpabilidade** (adotada pelo Código Penal), o erro sobre os *pressupostos fáticos de uma causa de justificação* (situação descrita no art. 20, § 1º) constitui um **erro de tipo permissivo (descriminante putativa por erro de tipo),** com exclusão do dolo, mas podendo subsistir a culpa. Aqui o erro relaciona-se com o fato típico. O erro sobre a existência ou sobre os limites de uma causa de justificação são erros de proibição indireto (se inevitável, exclui a culpabilidade; se evitável, reduz a pena).

Para a **teoria estrita ou extremada da culpabilidade** (não adotada pelo Código Penal), qualquer erro sobre as causas de exclusão da ilicitude (descriminantes) será **erro de proibição** (chamado de erro de proibição indireto), inclusive o *erro sobre os pressupostos fáticos*, pois o dolo sempre permanecerá íntegro no tipo, de sorte que o erro está ligado à culpabilidade.

Ressalte-se, entretanto, que tais teorias são ramificações da *teoria normativa pura da culpabilidade*, sendo que a diferença situa-se na natureza jurídica desta descriminante putativa (*erro sobre os pressupostos fáticos*).

Para uma terceira corrente, denominada de **teoria da culpabilidade que remete à consequência jurídica**, trata-se de **erro *sui generis***. Preconiza que o erro sobre os pressupostos fáticos (art. 20, § 1º) não exclui o dolo (teoria limitada) nem pode ser tratado como erro de proibição (teoria extremada), de sorte que considera haver um erro *sui generis*, excludente da culpabilidade dolosa e não da conduta dolosa. Com efeito, se o erro for inevitável, fica excluída a culpabilidade dolosa (não o dolo) e a culpabilidade culposa, isentando o agente de pena; se evitável o erro, o agente, a despeito de ter agido com dolo, sofrerá as consequências do crime culposo (culpabilidade culposa), se previsto em lei, ou seja, o agente responde pela pena do crime culposo.

Em resumo:

TEORIA	NATUREZA	EFEITOS	
		INEVITÁVEL	EVITÁVEL
Teoria limitada (CP)	Erro de tipo permissivo (exclui o dolo)	Fato atípico. Exclusão de dolo e culpa.	Exclui dolo, mas o agente responde pela pena do crime culposo, se prevista em lei.

Teoria extremada	Erro de proibição (não exclui o dolo)	Isenção de pena. Exclusão da culpabilidade.	Diminuição da pena.
Teoria que remete à consequência jurídica	Erro *sui generis* (não exclui o dolo)	Isenção de pena. Exclusão da culpabilidade dolosa.	Não exclui dolo, mas o agente responde pela pena do crime culposo, se prevista em lei (apesar de ser a conduta dolosa).

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(IBFC – 2020 – TRE-PA – Analista Judiciário) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O erro relativo à existência de uma causa de exclusão de ilicitude consiste em descriminante putativa por erro de proibição. Nesse caso, se inescusável o erro, afasta-se o dolo, subsistindo a responsabilidade por crime culposo, se previsto em lei".

(MPE-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Na legislação brasileira as consequências do erro evitável sobre os pressupostos fáticos de uma excludente de ilicitude são as mesmas do erro de tipo, e não as do erro de proibição".

(MP-PR – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Para a teoria estrita da culpabilidade, o erro sobre a ilicitude do fato é sempre tido como erro de tipo".

(CESPE – 2019 – TJ-PR – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "De acordo com a teoria da culpabilidade adotada pelo Código Penal, todo erro que recai sobre uma causa de justificação configura erro de proibição".

(CESPE – 2019 – TJ-SC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "De acordo com a teoria da culpabilidade adotada pelo Código Penal, todo erro que recai sobre uma causa de justificação configura erro de proibição".

(CESPE – 2019 – DPE-DF – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Para a teoria limitada da culpabilidade, o erro de agente que recaia sobre pressupostos fáticos de uma causa de justificação configura erro de tipo permissivo".

(MP-MS – 2018 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A teoria limitada da culpabilidade, adotada pelo ordenamento penal brasileiro, afirma que o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação possui natureza de erro de tipo permissivo, com as mesmas consequências jurídicas do erro de tipo".

(FUNDEP – 2018 – MP-MG – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O Direito Penal brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade, que trata o error sobre os pressupostos fáticos de uma justificante como erro de proibição indireto".

(MP-PR – 2017 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Segundo a teoria limitada da culpabilidade, o erro de proibição indireto (ou erro de permissão), se evitável, não isenta de pena, mas pode reduzir a culpabilidade do agente".

(FAPEMS – 2017 – PC-MS – Delegado de Polícia) Não aceitando o término do casamento, Felinto manteve Isaura por uma hora e meia sob a mira de um revólver. Durante esse tempo, o Delegado Moraes negociou a rendição de Felinto. Aos prantos, repetia que liberaria a ex-mulher, contudo efetuaria disparo contra a sua cabeça, pondo fim à própria vida, pois não viveria sem sua amada. Passados mais alguns minutos, decidiu

liberar Isaura. Ainda transtornado e de arma em punho, dirigiu-se à saída do local onde estava acuado pelos policiais e, inesperadamente, ao invés de se entregar, apontou o revólver aos integrantes do grupo tático, gritando que efetuaria um disparo. Nesse momento, vendo uma ameaça em Felinto, pois estava prestes a atirar contra os policiais, o Delegado Moraes efetuou disparo mortal. Em seguida, ao se aproximar do corpo da vítima, verificou que a arma de Felinto não estava municiada. Visando a evitar qualquer responsabilização penal, a defesa técnica de Moraes deverá suscitar que ele atuou em contexto de: a) erro de tipo permissivo invencível. b) erro determinado por terceiro. c) erro de tipo incriminador invencível. d) legítima defesa própria. e) erro de proibição invencível. **Gabarito: A.**

(FCC – 2017 – DPE-RS – Analista) Considere trechos do poema abaixo. (...) *Meu leiteiro tão sutil de passo maneiro e leve, antes desliza que marcha. É certo que algum rumor sempre se faz: passo errado, vaso de flor no caminho, cão latindo por princípio, ou um gato quizilento. E há sempre um senhor que acorda, resmunga e torna a dormir. Mas este acordou em pânico (ladrões infestam o bairro), não quis saber de mais nada. O revólver da gaveta saltou para sua mão. Ladrão? se pega com tiro. Os tiros na madrugada liquidaram meu leiteiro. Se era noivo, se era virgem, se era alegre, se era bom, não sei, é tarde para saber. Mas o homem perdeu o sono de todo, e foge pra rua. Meu Deus, matei um inocente. Bala que mata gatuno também serve pra furtar a vida de nosso irmão. Quem quiser que chame médico, polícia não bota a mão neste filho de meu pai. Está salva a propriedade. A noite geral prossegue, a manhã custa a chegar, mas o leiteiro estatelado, ao relento, perdeu a pressa que tinha. Da garrafa estilhaçada, no ladrilho já sereno escorre uma coisa espessa que é leite, sangue... não sei. Por entre objetos confusos, mal redimidos da noite, duas cores se procuram, suavemente se tocam, amorosamente se enlaçam, formando um terceiro tom a que chamamos aurora.* Diante destes trechos derradeiros do poema Morte do Leiteiro, de Carlos Drummond de Andrade (A rosa do povo. Rio de Janeiro: Record, 1996, p. 110-111), é correto tecnicamente afirmar:

a) considerada a topografia do direito brasileiro positivado, cuida-se de um argumento clássico de erro de tipo que bem se tributa à chamada teoria limitada da culpabilidade.

b) considerada a topografia do direito brasileiro positivado, cuida-se de um argumento clássico de erro de proibição, com a subsequente exclusão do dolo.

c) tem-se, nesse poema, um argumento clássico da denominada aberratio ictus.

d) tem-se, nesse poema, um argumento clássico da denominada aberratio criminis.

e) tem-se, nesse poema, um argumento clássico de advento de causa relativamente independentemente.

Gabarito: A.

(FUNIVERSA – 2015 – PC-DF – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Consoante a teoria extremada da culpabilidade, configura-se erro de tipo permissivo quando o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Nesta hipótese, admite-se a punição a título de culpa se o fato for punível a título culposo".

(UFMT – 2012 – MP-MT – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "Discorra sobre a teoria limitada da culpabilidade no erro jurídico-penal, a posição do Código Penal brasileiro, a distinção para com a teoria extremada da culpabilidade, o significado e as consequências jurídicas".

3. ERRO PROVOCADO POR TERCEIRO

Art. 20, § 2º. Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

O erro de tipo pode ser espontâneo (cometido pelo sujeito sem provocação de terceiro) ou provocado por terceiro (art. 20, § 2º). Efeitos:

a) *Situação do provocador:* responde pelo crime se o praticou por dolo ou culpa.

b) *Situação do provocado:* se o erro for inevitável, não responde pelo crime, havendo exclusão de dolo e culpa; se for evitável, não responde pelo crime a título de dolo, subsistindo a modalidade culposa, se prevista em lei.

Exemplo: o médico, com intenção de matar, entrega a uma enfermeira injeção contendo veneno, que é aplicada no paciente. Se a enfermeira agir sem dolo ou culpa, responde apenas o médico (homicídio doloso). Se fosse evitável o resultado, como no caso de se tratar de uma substância de cor distinta (situação em que um profissional normal teria notado algo errado), a enfermeira responderá por homicídio culposo. São hipóteses de autoria mediata, como veremos no capítulo próprio.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBFC – 2020 – TRE-PA – Analista Judiciário) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Ao agente provocador que atua dolosamente deverá ser imputado, na forma dolosa, o crime cometido pelo provocado. Já o agente provocado ficará impune, desde que escusável o seu erro".

4. ERRO DE TIPO ACIDENTAL

Refere-se a dados acessórios ou secundários do crime. Não exclui o dolo nem a culpa. Hipóteses: a) erro sobre o objeto; b) erro sobre a pessoa; c) erro na execução; d) resultado diverso do pretendido; e) erro acerca do nexo causal ("desvio" do nexo causal).

4.1. Erro sobre a pessoa – *error in persona*

Nos termos do art. 20, § 3º, *"O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime".*

O sujeito pratica a conduta prevendo o resultado contra a vítima virtual (pretendida) e acaba produzindo o resultado contra outra pessoa, ou seja, a vítima efetiva. Serão consideradas as condições ou qualidades pessoais da vítima virtual. **Existe uma equivalência valorativa típica.**

Exemplos:

- o sujeito mata 'A', irmão gêmeo de 'B', supondo que estaria matando 'B'. De acordo com o art. 20, § 3º, esse erro não exclui o crime.

- A mãe, sob a influência do estado puerperal, logo após o parto, mata um recém-nascido imaginando que era seu próprio filho. Responde como se tivesse matado seu filho, i.e., por infanticídio.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBFC – 2020 – TRE-PA – Analista Judiciário) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Incide sobre o 'error in persona' a teoria da equivalência do bem jurídico atingido. Nesse caso, o agente responderá pelo crime praticado, porém, no momento da aplicação da pena, serão consideradas as condições da vítima virtual".

4.2. Erro sobre o objeto – *error in objecto*

Objeto material é a pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta do agente. Incide em erro a conduta do sujeito que recai sobre determinado objeto (coisa) supondo se tratar de outro.

Exemplo: o agente, com a intenção de subtrair um aparelho de televisão, acaba subtraindo um monitor de computador. Independente do erro, o sujeito responderá pelo crime de furto, uma vez que violou o patrimônio alheio ao subtrair *coisa alheia móvel*.

4.3. Erro acerca do nexo causal (desvio do nexo causal)

Trata-se do equívoco em relação ao meio de execução do crime, que acaba por determinar o resultado almejado pelo agente. O agente representa que produzirá o resultado de certo modo, mas, na verdade, o resultado sobrevém de modo diverso. Exemplos:

- 'A', com a intenção de matar 'B', o encurrala no alto de um prédio, proferindo disparos de arma de fogo na sua direção. Na fuga, 'B' cai e morre em função da queda (traumatismo craniano). O agente 'A' responderá por homicídio doloso consumado, uma vez que o *erro do curso causal é irrelevante*.
- *Aberratio causae específica*: o sujeito desfere facadas na vítima. Após, pensando que ela se encontrava morta, empurra seu corpo no rio, causando-lhe a morte por afogamento. Segundo o postulado do **dolo geral**, o agente responderá por homicídio doloso consumado, uma vez que o *erro do curso causal é irrelevante*.

Obs.: há entendimento doutrinário no sentido de que a *aberratio causae* e o *dolus generalis* (dolo geral ou erro sucessivo) são institutos sinônimos. Na verdade, estamos diante de hipóteses distintas de **erro sobre o nexo causal**. Na primeira situação (exemplo 1), há uma única conduta pelo agente e o resultado é produzido de modo diverso do planejado, mas sem que o agente tenha praticado uma segunda conduta. Na segunda situação (exemplo 2), há necessariamente duas condutas, sendo que o agente pratica a primeira e imagina que alcançou o resultado pretendido. Em seguida, pratica nova conduta, a qual é a causadora

do resultado pretendido inicialmente. Para solucionar esta segunda situação (duas condutas) parte da doutrina utiliza os postulados do chamado "dolo geral ou *dolus generalis*".

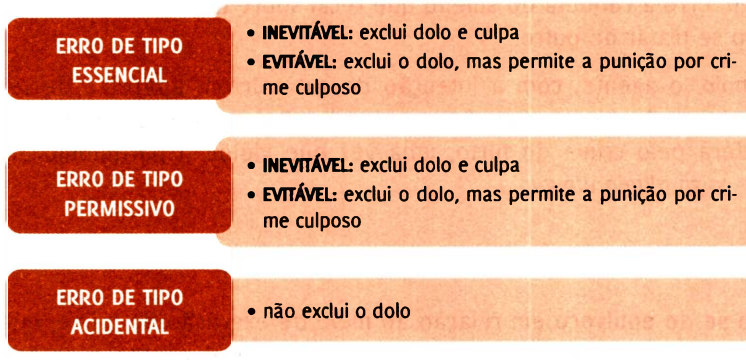
4.4. Erro na execução - *aberratio ictus*

Vide capítulo "concurso de crimes".

4.5. Resultado diverso do pretendido - *aberratio criminis* ou *delicti*

Vide capítulo "concurso de crimes".

Em resumo:



5. ERRO DE TIPO E DELITO PUTATIVO

No **erro de tipo** o agente **não possui a vontade de cometer o delito**, ou seja, realiza a tipicidade objetiva sem ter a vontade de realizá-la (não há tipicidade subjetiva).

No **delito putativo**, o agente **possui vontade de cometer o delito**, mas, em face do erro, pratica uma conduta atípica. O delito putativo pode ser:

a) *Delito putativo por erro de tipo:* ocorre erro sobre o elemento do tipo. O agente possui consciência e vontade de cometer o delito, mas, em face do erro acerca dos elementos da figura típica, pratica uma conduta atípica. *Exemplo:* Maria, imaginando-se grávida e com a intenção de provocar autoaborto, ingere pílula abortiva. Trata-se de conduta atípica, pois não estava realmente grávida. Não se trata de erro de proibição (Maria possuía consciência da proibição da prática do aborto).

b) *Delito putativo por erro de proibição (erro de proibição invertido):* o agente pratica um fato que entende ser criminoso, mas, como não existe norma de proibição (incriminadora), pratica uma conduta atípica. *Exemplo:* João e Maria praticam incesto imaginando que se trata de crime. No entanto, não existe norma de proibição para esse fato. Trata-se do chamado **delito de alucinação**.

c) ***Delito putativo por obra de agente provocador:*** de acordo com a Súmula 145 do STF. "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". O delito putativo por obra do agente provocador também é chamado de **delito de ensaio** ou **delito de experiência**. Trata-se de caso de crime impossível.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDEP – 2018 – MP-MG – Promotor de Justiça) "Gleicilene, jovem simples de 20 anos de idade, preocupada com o atraso de seu ciclo menstrual e receosa por um estado de gestação indesejada, passou em um laboratório clínico e submeteu-se a exame sanguíneo a fim de que pudesse confirmar suas suspeitas, tendo o resultado sido prometido para a manhã seguinte. Entretanto, impaciente e tensa que estava, Gleicilene foi a uma farmácia e adquiriu um kit de teste gravídico e, chegando em casa, submeteu-se à experiência. Desesperou-se diante da reação química que, em princípio, indicava gravidez. Preocupada, procurou um indivíduo de quem adquiriu medicação abortiva com o escopo de praticar auto-aborto, tendo ingerido duas drágeas à noite. No outro dia, logo de manhã, ela deambulou até o laboratório e apanhou o resultado do exame de sangue que revelou que não havia nenhuma gravidez. Foi realizada contraprova que ratificou a ausência de gestação. Do ponto de vista do Direito Penal, pode-se dizer que Gleicilene incorreu em: a) Delito putativo por erro de proibição. b) Erro de tipo invencível. c) Erro de proibição indireto. d) Delito putativo por erro de tipo.

Gabarito: D.

Capítulo XIII

Erro de proibição

1. CONCEITO

> **Art. 21.** O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.
>
> **Parágrafo único.** Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

De acordo com a teoria normativa pura, a potencial consciência da ilicitude é um dos elementos da culpabilidade. Para que haja o juízo de reprovação é necessário que o agente possua a consciência da ilicitude do fato ou que ao menos, nas circunstâncias, tenha a possibilidade de conhecê-la.

O **erro de proibição recai sobre a consciência da ilicitude do fato** praticado. Aqui o agente tem consciência e vontade de praticar o fato, mas não possui a consciência da ilicitude desse fato. Não se trata de conhecer ou não as leis penais, mas sim o que é certo ou errado segundo as normas do ordenamento jurídico.

Segundo asseveram Zaffaroni e Pierangeli (Manual, p. 621), "A doutrina é unânime na afirmação de que não se requer um conhecimento ou possibilidade de conhecimento da lei em si, o que não ocorre de forma efetiva nem mesmo entre os juristas. O que se requer é a possibilidade do conhecimento, denominada **'valoração paralela na esfera do profano'**, (...) que seria o conhecimento aproximado que tem o profano. Costuma-se dizer que basta o conhecimento ou possibilidade de conhecimento da antijuridicidade, sem que seja necessário o conhecimento da penalização da conduta".

Obs.: a expressão **valoração paralela na esfera do profano** se deve a Mezger (MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. 3ª ed., Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, p. 148). Welzel, por sua vez, refere-se ao instituto como **juízo paralelo na consciência do autor** (WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 82).

Não se deve confundir desconhecimento da lei penal incriminadora com o desconhecimento da ilicitude do fato (erro de proibição). No momento em que a

lei é publicada no diário oficial presume-se que todos passam a conhecê-la. No entanto, é óbvio que se trata de uma ficção, pois na realidade muitas pessoas não irão ter o conhecimento da lei. O que deve ser avaliado é se o agente possuía o conhecimento do profano, diga-se, do homem leigo na sociedade.

▸ ERRO DE TIPO X ERRO DE PROIBIÇÃO

O erro de tipo afeta a tipicidade, ao passo que o erro de proibição afeta a culpabilidade (juízo de reprovação). No erro de tipo, o agente erra sobre elemento que constitui o tipo penal. No erro de proibição, o agente possui a consciência do fato praticado (não erra sobre nenhum elemento do tipo), mas não possui a ilicitude do fato.

2. FORMAS E EFEITOS DO ERRO DE PROIBIÇÃO

2.1. Erro de proibição inevitável, invencível ou escusável

Ocorre quando o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando, pelas circunstâncias, não lhe era possível ter ou atingir essa consciência. É o erro no qual qualquer pessoa prudente incidiria. Possui o efeito de **isentar o agente de pena (causa de exclusão da culpabilidade).**

2.2. Erro de proibição evitável, vencível ou inescusável

Nos termos do art. 21, parágrafo único, "considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência".

Assim, caracteriza erro de proibição evitável quando é possível ao agente alcançar a consciência da ilicitude com esforço da inteligência e com base na experiência de vida comum, ou ainda, quando na dúvida, propositadamente deixa de informar-se, para não ter que se abster. Observe-se que o agente, mesmo nessa hipótese, não possui a consciência da ilicitude, mas era possível conhecê-la se não fosse a sua falta de zelo. Não possui o efeito de isentar o agente de pena (não exclui a culpabilidade), mas trata-se de uma **causa de diminuição da pena (1/6 a 1/3).**

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(VUNESP - 2016 - TJ-RJ - Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No que diz respeito aos dispositivos relativos ao erro previstos no Código Penal: (...) Magnus, policial, adultera, sem autorização legal, sinal identificador de um veículo automotor a fim de que seja utilizado em investigação criminal, pois imagina, por erro evitável, que nesta hipótese sua conduta seria lícita. Na responsabilização penal pelo crime de 'adulteração de sinal identificador de veículo automotor', Magnus deverá ter sua pena diminuída de um sexto a um terço".

(FCC - 2015 - TJ-AL - Juiz de Direito) "O erro inescusável sobre: a) a ilicitude do fato constitui causa de diminuição da pena; b) elementos do tipo permite a punição a título de culpa, se acidental; c) elementos do tipo isenta de pena; d) elementos do tipo exclui o dolo e a culpa, se essencial; e) a ilicitude do fato exclui a antijuridicidade da conduta". **Gabarito: A.**

(FCC – 2015 – TCM-GO – Procurador do Ministério Público de Contas) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: (...) O erro invencível sobre a ilicitude do fato não isenta o réu de pena".

(CESPE – 2011 – PC-ES – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; e, se evitável, poderá diminuí-la, de um sexto a um terço. Tal modalidade de erro, segundo a doutrina penal brasileira, pode ser classificada adequadamente como erro de tipo e pode, em circunstâncias excepcionais, excluir a culpabilidade pela prática da conduta".

2.3. Erro de proibição grosseiro (crasso)

Trata-se de erro grosseiro, ou seja, a ilicitude é amplamente divulgada na sociedade, de sorte que não haverá isenção ou diminuição de pena. Ressalte-se que o desconhecimento da lei penal é inescusável (art. 21). Mas, segundo o art. 65, II, do CP, trata-se de uma hipótese de circunstância atenuante.

Em síntese:

ESPÉCIE	OBSERVAÇÃO	EFEITO
1) Erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição inevitável)	O agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando não lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.	Isenção de pena (art. 21).
2) Erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição evitável)	O agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.	Diminuição da pena de um sexto a um terço (art. 21, parágrafo único).
3) Erro sobre a ilicitude do fato (grosseiro/crasso)	O agente atua ou se omite sem o seu conhecimento, quando lhe era manifestamente possível, nas circunstâncias, ter ou atingir esse conhecimento. Trata-se do chamado erro sobre a ilicitude do fato grosseiro.	Não há isenção ou diminuição de pena, mas pode ser reconhecida a atenuante (art. 65, II).

3. ERRO DE PROIBIÇÃO DIRETO

O agente pratica a conduta desconhecendo (ignorância) ou interpretando de forma errônea a **norma de proibição** (crimes comissivos) ou a **norma mandamental** (crimes omissivos).

Alguns autores classificam o erro relativo à norma mandamental como **erro mandamental.**

Exemplos:

- Mulher pratica aborto (de forma consciente e voluntária) sem ter conhecimento de ser o aborto proibido (erro sobre a norma proibitiva "não abortarás" ou "é proibido abortar").
- O sujeito deixa de prestar socorro porque acredita que não está obrigado, uma vez que não tem nenhum vínculo com a vítima, ou porque acredita

que não está obrigado a socorrer (erro sobre a norma mandamental "prestarás socorro").

- Registro de menor abandonado como filho próprio praticado por motivo de reconhecida nobreza e não ocultado pelo agente que tinha a plena convicção de estar atuando licitamente (erro sobre a norma de proibição "não registrarás filho de outrem como próprio").

Observe-se que nos exemplos acima o sujeito não erra sobre o **fato**, mas sim sobre a **ilicitude do fato**.

O erro de proibição pode ocorrer nos crimes culposos, pois é possível que o agente erre sobre o cuidado objetivo necessário.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MG – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O sujeito que crê que, se alguém lhe entrega o carro para conserto e não o retira dentro do prazo, pode vendê-lo por sua própria conta, para se ressarcir do valor do serviço, incide em erro de proibição direto, que, nos termos do artigo 21 do Código Penal, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço".

4. ERRO DE PROIBIÇÃO INDIRETO

O erro de proibição indireto é também conhecido como **erro de permissão** (descriminantes putativas por erro de proibição).

Trata-se de erro sobre as causas de exclusão da ilicitude (descriminantes) e não sobre as normas proibitivas ou mandamentais. Por isso se fala em descriminantes putativas (imaginárias).

Pode ocorrer nas seguintes hipóteses:

a) ***Erro sobre a existência de uma causa de exclusão da ilicitude não reconhecida juridicamente:*** o sujeito supõe que o fato praticado encontra amparo em uma causa de justificação. Porém, esta norma não existe.

Exemplo: o sujeito pratica eutanásia supondo que a lei prevê essa situação como sendo uma causa de exclusão da ilicitude (descriminante). Observe-se que o sujeito conhece a norma de proibição "não matarás", mas imagina que se encontra amparado por uma causa de exclusão da ilicitude, a qual, na realidade, não é prevista em lei. O sujeito sabe que praticou um fato típico, mas pensa que é lícito.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2006 – TCE-CE – Procurador de Contas) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Na situação do agente que mata uma pessoa gravemente enferma, a seu pedido, para livrá-la de mal incurável, supondo que a eutanásia é permitida, há: (...) erro sobre a ilicitude do fato".

b) ***Erro sobre os limites de uma causa de exclusão da ilicitude:*** o agente supõe que sua conduta está de acordo com os limites de uma causa de

exclusão da ilicitude. Aqui o sujeito possui conhecimento da existência da causa de exclusão da ilicitude, mas seu erro incide acerca de seus limites.

Exemplo: o sujeito, ao ser preso em virtude de uma ordem legal, vem a agredir o policial supondo que está sofrendo uma agressão injusta. Imagina, assim, que está agindo em legítima defesa.

Veja-se que a agressão realmente existe, mas se trata de uma **agressão lícita**. A reação do agente, para ser reconhecida como legítima, deveria ser em relação a uma agressão injusta. Não houve erro sobre a existência da causa de exclusão da ilicitude, mas sim sobre os seus limites.

O erro de proibição indireto ou o direto pode ser inevitável/escusável (causa de isenção de pena) ou evitável/inescusável (causa de diminuição de pena).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2019 – DPE-SP – Defensor Público) Daniel, com 18 anos de idade, conhece Rebeca, com 13 anos de idade, em uma festa e a convida para sair. Os dois começam a namorar e, cerca de 6 meses depois, Rebeca decide perder a virgindade com Daniel. O rapaz, mesmo sabendo da idade da jovem e da proibição legal de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos, ainda que com seu consentimento, mantém relação sexual com Rebeca, acreditando que o fato de namorarem seria uma causa de justificação que tornaria a sua conduta permitida, causa essa que, na verdade, não existe. Ocorre que os pais de Rebeca, ao descobrirem sobre o relacionamento de sua filha com Daniel, comunicaram os fatos à polícia. Daniel é denunciado pelo delito de estupro de vulnerável e a defesa alega que ele agiu em erro. De acordo com a teoria limitada da culpabilidade, Daniel incorreu em erro: a) de tipo. b) sobre a pessoa. c) de proibição direto. d) de proibição indireto. e) de tipo permissivo. **Gabarito: D.**

(FUMARC – 2018 – PC-MG – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Fazendeiro que, para defender sua propriedade, mata posseiro que a invade, pensando estar nos limites de seu direito, atua em erro de proibição indireto".

(FCC – 2017 – TJ-SC – Juiz de Direito) Um cidadão americano residente no Estado da Califórnia, onde o uso medicinal de Cannabis é permitido, vem ao Brasil para um período de férias em Santa Catarina e traz em sua bagagem uma certa quantidade da substância, conforme sua receita médica. Ao ser revistado no aeroporto é preso pelo delito de tráfico internacional de drogas. Neste caso, considerando-se que seja possível a não imputação do crime, seria possível alegar erro de: a) proibição indireto; b) tipo permissivo; c) proibição direto; d) tipo; e) subsunção.

Gabarito: A.

(CESPE – 2009 – TRF1 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No erro de proibição indireto, o agente tem perfeita noção da realidade, mas avalia de forma equivocada os limites da norma autorizadora. Tal erro, se escusável, isenta-o de pena; se inescusável, concede-lhe o direito a redução da pena de um sexto a um terço".

(TJ-SP – 2008 – Juiz de Direito) *Questão discursiva:* "Erro sobre elementos do tipo; Erro sobre a ilicitude do fato; Descriminantes putativas".

(CESPE - 2007 - TRF5 - Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Constitui erro de proibição indireto a situação em que o agente, embora tendo perfeita noção da realidade, avalia de forma equivocada os limites da norma autorizadora, respondendo com a pena reduzida, se o erro for inescusável, ou ficando isento de pena, se for escusável".

5. OUTRAS ESPÉCIES DE ERRO

5.1. Erro de compreensão

Ocorre quando o sujeito conhece a norma de proibição e a falta de permissão, mas em razão da sua cultura não consegue compreender ou internalizar a norma.

Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(MP-MG - 2019 - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Entende-se por erro de compreensão a situação em que conhece o sujeito a proibição e a falta de permissão, e, sem embargo, não lhe seja exigível que entenda a regra que conhece; neste caso, estaremos diante de um erro de proibição invencível, na forma de erro de compreensão.

5.2. Erro culturalmente condicionado

Para que haja reprovação de um fato típico e ilícito praticado é indispensável que o agente tenha a possibilidade de entender a ilicitude do fato. Como visto, se o agente não possui essa consciência pode ocorrer um erro de proibição inevitável (causa de isenção de pena) ou evitável (causa de diminuição de pena).

Entretanto, considerando o multiculturalismo, pode ocorrer que determinados indivíduos, pertencentes a determinada comunidade com identidade cultural autônoma, não tenham a possibilidade de conhecer essa ilicitude ou, mesmo a conhecendo, não tenham possibilidade de internalizá-la. Desse modo, o tratamento penal adequado seria o erro de proibição ou de compreensão.

5.3. Erro culturalmente condicionado e o índio

Para a doutrina tradicional, o índio não integrado à sociedade é considerado como um ser humano com ***desenvolvimento mental incompleto***. Sendo assim, se praticar um fato típico e ilícito, será afastada a culpabilidade pela **inimputabilidade (art. 26, *caput*).**

Porém, sob o fundamento do multiculturalismo, vem ganhando espaço na doutrina o critério de tratamento jurídico-penal do índio como hipótese de ***erro de compreensão*** (Zaffaroni e Pierangeli, Manual, p. 647) ou ***erro de compreensão culturalmente condicionado***, evitando-se, assim, a preconceituosa visão integracionista (exigência de integração do índio em nossa cultura social), que não respeita a identidade e autonomia culturais da população indígena. Assevera Rogério Gomes Teixeira que "por imposição do texto de 88, outro não pode ser o critério de tratamento jurídico-penal do índio senão o critério

do erro de proibição, que prevê como hipótese de inculpabilidade penal a atuação do índio em erro de proibição inevitável, decorrente de eventual erro de compreensão culturalmente condicionado, auferido por meio de um processo judicial que respeite todas as peculiaridades dos povos indígenas, inclusive com a realização obrigatória do devido parecer antropológico, tudo, em consonância com os caros princípios constitucionais da igualdade e do respeito à diversidade cultural" (*in* Temas Aprofundados do Ministério Público Federal. *Índios: A culpabilidade e o erro culturalmente condicionado*. p.189 e ss.). Em resumo:

- **Visão integracionista:** o índio não integrado pratica um fato típico e ilícito, mas é isento de pena (inimputabilidade – art. 26, *caput*).
- **Visão multiculturalista:** o índio não integrado pratica um fato típico e ilícito, mas é isento de pena (erro de proibição inevitável – art. 21).

Em caso concreto no qual dezenove indígenas são acusados de duplo homicídio qualificado, o STJ decidiu que "a realização do estudo antropológico se apresenta como relevante instrumento de melhor compreensão dos contornos socioculturais dos fatos analisados, bem como dos próprios indivíduos a quem são imputadas as condutas delitivas, de modo a auxiliar o Juízo de primeiro grau na imposição de eventual reprimenda, mormente diante do que prescreve o art. 56 do Estatuto do Índio, segundo o qual, '[n]o caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola'" (STJ, 6ª T., RHC 86305, j. 01/10/2019).

5.4. Erro de mandamento

O agente possui o *dever jurídico de agir* e não age por não ter consciência desse dever. Ex.: a pessoa se encontra na posição de garantidor (art. 13, § 2º, do CP) e, apesar de ter conhecimento da situação de fato, não tem a possibilidade de conhecer o dever de agir, de sorte que incide em erro de proibição, decorrente de erro mandamental. Se inevitável, será isento de pena; se evitável, poderá reduzir a culpabilidade do autor.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR – 2017 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O erro de mandado pode recair sobre o dever jurídico especial de agir, que fundamenta a omissão imprópria, e, se evitável, não isenta de pena, mas pode reduzir a culpabilidade do agente".

5.5. Erro de subsunção

O agente conhece a ilicitude do fato ou, nas circunstâncias, podia conhecê-la, porém, por erro, supõe que seu fato se amolda a um tipo diverso. O agente não será isento de pena. Trata-se de erro evitável.

5.6. Erro de punibilidade

O agente conhece a ilicitude do fato ou, nas circunstâncias, podia conhecê-la, porém, por erro, supõe a existência de alguma causa de exclusão de pena. Não isenta o agente de pena.

5.7. Erro de vigência

O agente desconhece a existência do preceito legal. Não isenta de pena.

5.8. Erro de eficácia

O agente conhece a lei penal, mas supõe que ela contraria uma norma superior (ex.: um tratado internacional de direitos humanos ou a Constituição). Não isenta o agente de pena.

Parte IV

CONCURSO DE PESSOAS

Capítulo único

1. INTRODUÇÃO

> **Art. 29.** Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

O concurso de pessoas consiste no cometimento da mesma infração penal por duas ou mais pessoas. Os indivíduos que **concorrem** para o crime são chamados de: **a) autor/coautor; b) partícipe. Exemplos:**

- **Coautoria:** divisão de atos executórios. 'A' e 'B', armados com revólveres, atiram e matam a vítima (são coautores em um homicídio); 'A' segura a ofendida, enquanto 'B' pratica conjunção carnal contra a vontade dela (são coautores em um estupro).
- **Participação:** o agente concorre para o crime sem praticar o núcleo do tipo. Ex.: 'A' convence 'B' a matar a vítima ('A' é partícipe; 'B' é autor); 'A' empresta a arma a 'B', sabendo que este irá usá-la para matar a vítima ('A' é partícipe; 'B' é autor).

Na maior parte dos tipos penais a conduta típica é realizada por apenas uma pessoa (crimes monossubjetivos), mas, eventualmente, é praticada por duas ou mais, hipótese em que ocorrerá ***concurso eventual*** *de pessoas. Exemplo:* um crime de homicídio pode ser praticado por apenas uma pessoa ou por várias, como no caso de duas pessoas desferirem facadas na vítima.

Entretanto, existem crimes em que o próprio tipo penal exige a pluralidade de agentes. São os chamados crimes plurissubjetivos, que podem ser de condutas paralelas (ex.: associação criminosa), divergentes/contrapostas (ex.: rixa) ou convergentes (ex.: bigamia). Nesse caso, fala-se em ***concurso necessário***.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz de Direito) Em matéria de concurso de pessoas, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Inadmissível nos crimes monossubjetivos".

(IBFC – 2018 – TRF2 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Os crimes plurissubjetivos não se confundem com os crimes de concurso necessário. Nos primeiros os agentes podem se reunir eventualmente para praticar o crime, enquanto que nos segundos a tipicidade necessariamente só se dá com o concurso de agentes".

2. REQUISITOS DO CONCURSO DE PESSOAS

2.1. Pluralidade de agentes e condutas

Existência de duas ou mais pessoas concorrendo para o crime. Pode haver concorrência na modalidade de **autor** (ex.: executa a conduta típica) ou de **partícipe** (ex.: induz, instiga ou auxilia o autor).

É possível que um menor de 18 anos tenha concorrido para a prática de um fato considerado crime. Entretanto, por ser inimputável, aplica-se a ele a legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente). *Exemplo:* o menor fornece a arma para o crime de roubo executado por um maior. No exemplo citado o agente maior responderá por roubo e incidirão as majorantes do emprego de arma e do concurso de pessoas (art. 157, § 2º, I e II, do CP). Nesse sentido: "Roubo majorado pelo concurso de agentes. Artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal. Delito cometido em concurso com menor inimputável. Pretendida exclusão de causa de aumento de pena. Irrelevância. Incidência da majorante. Ordem denegada. 1. O fato de o crime ter sido cometido por duas pessoas, sendo uma delas menor inimputável, não tem o condão de descaracterizar o concurso de agentes, de modo a excluir a causa de aumento prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do Código Penal. 2. Ordem denegada" (STF, 1ª T., HC 110425, j. 05/06/2012). Assim também já decidiu o STJ: "Nos termos da jurisprudência desta Corte, para a configuração da majorante do concurso de agentes exige-se, apenas, a presença do concurso de duas ou mais pessoas, inexistindo na lei de regência - art. 157, § 2º, II, do CP - qualquer ressalva ou restrição sobre tratar-se ou não de agente imputável" (STJ, 6ª T., HC 150.853, j. 04/08/2015).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MS - 2015 - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "É descaracterizado o concurso de pessoas, para fins penais, mesmo havendo pluralidade de pessoas e condutas, se um dos agentes for inimputável"

2.2. Relevância causal e jurídica de cada uma das condutas

Relação de causa e efeito entre cada conduta com o resultado, segundo a teoria da equivalência dos antecedentes causais. A conduta do autor ou do partícipe deve ter eficiência causal, caso contrário será inócua e um irrelevante penal. Adotando-se a teoria da imputação objetiva, seus critérios de risco devem ser aferidos para imputar o resultar ao comportamento dos concorrentes. Exemplos:

- *Conduta de partícipe com relevância causal:* 'A' diz a 'B' que 'C' está tendo um relacionamento sexual com a sua esposa (de 'B') e sugere a morte de 'C', o que de fato ocorre. Nesse caso, se não houvesse a indução, 'B' não teria matado.
- *Conduta sem relevância causal:* 'A' diz a 'B' que 'C' está tendo um relacionamento sexual com a sua esposa (de 'B') e sugere a morte de 'C'. Entretanto, 'B' sabia da traição e já estava plenamente decidido a matar o traidor,

o que de fato ocorre. Aqui, a conduta de 'A' é inócua e, por conseguinte, não responderá pelo crime.

A contribuição para o crime deve ocorrer até a consumação. Se depois, poderá configurar um crime autônomo, como, por exemplo, favorecimento real, favorecimento pessoal, receptação.

- *Não haverá concurso de pessoas:* 'A', sem qualquer ajuste com 'B', furta um veículo. Após o crime, 'A' solicita a 'B' a garagem de sua casa emprestada para ocultar o veículo furtado. 'B', pela amizade com 'A', atende ao pedido e esconde o carro. Nesse caso, 'B' praticou o crime de favorecimento real (CP, art. 349. *"Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime"*). Veja-se que 'B' não concorreu para o crime anterior (não foi autor nem partícipe).

Em alguns casos a concorrência para o crime se dá na forma de um **ajuste prévio** ou pela instigação, e, após a consumação, ainda com um auxílio material. Como houve o ajuste antes da consumação, haverá o concurso de pessoas. Nesse sentido: STJ, 6ª T., HC 39.732, j. 26/06/2007.

- *Haverá concurso de pessoas:* Antes de praticar o crime, 'A' combina com 'B' que irá furtar um carro, mas que precisará escondê-lo na garagem da casa de 'B'. Explica, ainda, que o crime só será praticado se houver essa contribuição. Em razão da amizade com 'A', 'B' resolve ajudá-lo. Nesse caso, mesmo 'B' tendo prestado auxílio somente após a consumação do crime, houve um **ajuste prévio** antes da consumação, de sorte que passa a ser partícipe do crime de furto.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBFC – 2018 – TRF2 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O concurso de agentes exige: interveniência de duas ou mais pessoas para o mesmo fato delituoso; identidade de infração penal; e vontade consciente de concorrerem todos os agentes para o mesmo crime, sendo irrelevante a contribuição causal de cada um".

(MP-MG – 2010 – Promotor de Justiça) "STELIUS ficou sabendo que seu companheiro de crimes, o famigerado LARAPIUS, iria executar oito furtos de veículos na cidade de Belo Horizonte, mas pensava em desistir do plano porque não dispunha de local para guardar os bens furtados. STELIUS ofereceu a LARAPIUS o quintal e a garagem da casa de sua propriedade, localizada em ponto estratégico na cidade de Belo Horizonte, onde poderiam ser recebidos e guardados os veículos furtados sem chamar atenção, até a efetivação da sua venda. STELIUS se dispôs a guardar os bens furtados e não exigiu receber nenhum centavo em troca, pois devia favores ao amigo LARAPIUS. Tendo local seguro para esconder os bens furtados, LARAPIUS colocou em execução o plano dos crimes. Efetivada a subtração de três veículos, os bens foram efetivamente guardados no interior da propriedade de STELIUS, sendo vendidos em data posterior, em transação efetivada por LARAPIUS, para receptadores que atuam na região. Diante do exposto, pode-se admitir que STELIUS: (...) **concorreu na prática de crime de furto qualificado**".

Nos crimes permanentes a participação pode se dar enquanto perdurar a fase da consumação. Assim, por exemplo, quem se associa ao grupo de criminosos que havia anteriormente sequestrado a vítima, passando a vigiá-la no cativeiro, na espera do recebimento da vantagem, passa a concorrer para o crime de extorsão mediante sequestro.

▸ CRIME CONTRA A HONRA NA REDE SOCIAL

Tem se mostrado comum a utilização de redes sociais, como Facebook e Instagram, para proferir ofensas à honra de outrem. Na sequência, não raras vezes, em comentários à postagem inicial, outras pessoas, em momentos diversos e utilizando dispositivos móveis distintos, também ofendem a honra da vítima. Em caso análogo o STJ decidiu: "(...) 5. Quando várias pessoas denigrem a imagem de alguém, via internet, cada uma se utilizando de um comentário, não há coautoria ou participação, mas vários delitos autônomos, unidos no máximo por conexão probatória" (STJ, Corte Especial, APn 895, j. 15/05/2019). No mesmo sentido: APn 613, Corte Especial, DJe 28/10/2015; APn 912, DJe 22/08/2019.

2.3. Vínculo subjetivo entre os agentes

As pessoas que estão contribuindo para a realização do fato típico, sejam autores ou partícipes, devem possuir vontade de agir nesse sentido. No concurso de pessoas, além do aspecto objetivo (contribuição no fato), deve existir o aspecto subjetivo: homogeneidade de elemento subjetivo (princípio da convergência de vontade - concorrência dolosa em crime doloso ou coautoria culposa em crime culposo).

Não havendo o vínculo subjetivo inexiste o concurso de pessoas: "São requisitos indispensáveis ao concurso de agentes a pluralidade de agentes e de condutas, a relevância causal de cada conduta, o liame subjetivo entre os agentes e a identidade de infração. Não se verificando liame subjetivo, não há se falar em concurso de agentes, devendo cada um responder pela sua própria ação ou omissão" (STJ, 5ª T., RHC 97.515, j. 17/05/2018).

Não há participação culposa em crime doloso ou participação dolosa em crime culposo. Vejamos o seguinte exemplo de Hungria: "*A faz B* acreditar falsamente que uma pistola está descarregada e o induz a dar ao gatilho, visando *jocandi animo* a C. cuja morte, que vem a ocorrer em consequência do disparo da arma, era precisamente o intuito de A. Não há, aqui, participação, mas dois crimes autônomos: homicídio culposo, a cargo de *B*, e homicídio doloso, por parte de *A*" (*Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo II*, p. 335).

▸ Como o assunto cobrado em concurso?

(FMP - 2017 - MP-RO - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Não é possível a participação dolosa em crimes culposos, mas é cabível a participação culposa em crimes dolosos".

No entanto, **é desnecessária a 'prévia combinação' (*pactum sceleris*)**, mas deve o concorrente ter consciência e vontade de aderir ao crime (princípio da convergência de vontade).

Exemplo (inexistência de prévia combinação): empregada doméstica, percebendo que alguém está pretendendo invadir a residência de seu empregador

para praticar um furto, abre a porta e desliga o alarme visando a facilitar a subtração. Nesse caso, a empregada figura como partícipe mediante auxílio e responderá pelo furto, não obstante o executor desconhecer que houve o auxílio.

Porém, no exemplo acima, a empregada não responderá pelo delito se negligentemente deixou a porta aberta.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz de Direito) Em matéria de concurso de pessoas, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Indispensável prévia combinação entre os agentes e adesão subjetiva à vontade do outro".

(CESPE – 2018 – PC-SE – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Para que fique caracterizado o concurso de pessoas, é necessário que exista o prévio ajuste entre os agentes delitivos para a prática do delito".

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A coautoria pressupõe acordo prévio, o que a doutrina denomina de *pactum sceleris*".

(FGV – 2015 – TCE-RJ – Auditor) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Não se exige homogeneidade de elemento subjetivo no concurso de pessoas, admitindo-se participação culposa em crime doloso".

(FCC – 2011 – MP-MS – Promotor de Justiça) "No concurso de pessoas há necessidade de ajuste prévio entre os colaboradores para a prática do delito? **Gabarito:** Não, pois havendo convergência de vontade entre os colaboradores estará configurado o concurso".

2.4. Identidade de infração penal

Segundo o art. 29 do CP, todos aqueles que, de qualquer modo (autor ou partícipe) concorrem para o crime, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade. Deflui-se, então, que todos os concorrentes devem responder pelo **mesmo crime**.

O Código Penal adota, como regra, a teoria monística (monista, unitária ou igualitária). Excepcionalmente adota a teoria pluralista e, segundo alguns autores, inclina-se também pela teoria dualista, como veremos no próximo item.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP – 2015 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Os requisitos do concurso de pessoas, em regra, são: pluralidade de condutas, relevância causal de cada uma das ações, liame subjetivo entre os agentes e identidade de fato".

3. TEORIAS SOBRE O CONCURSO DE PESSOAS

Destacam-se três teorias sobre o concurso de agentes, as quais buscam estabelecer se o fato realizado pela concorrência de cada conduta constitui um único crime ou vários (um crime para cada concorrente).

3.1. Teoria monística, monista, unitária ou igualitária (*concursus plurium ad idem delictum*)

Todos os concorrentes, independentemente da distinção entre partícipes, autores ou coautores, praticam condutas concorrendo para a realização de **um fato (fato único)**, e, por conseguinte, haverá apenas **um crime** e não vários (um crime para cada concorrente). Todos os agentes praticam condutas convergindo para o mesmo fato (fato único) e responderão pelo mesmo crime. **Como regra, é a teoria adotada pelo Código Penal.**

Exemplo: 'A' empresta a faca para 'B' matar 'C'. Os dois concorreram para a morte da vítima. Mesmo havendo duas pessoas, com condutas distintas, ocorrerá um único crime de homicídio.

Isso não quer dizer que todos os concorrentes terão a mesma pena concreta. A pena será aplicada na **medida da culpabilidade** de cada agente. O juiz fixará a pena levando em consideração circunstâncias relacionadas ao fato, à vítima e ao agente. Segundo Luiz Regis Prado, o Código Penal adotou a **teoria monista "de forma matizada ou temperada**, já que estabeleceu certos graus de participação e um verdadeiro reforço do princípio constitucional da individualização da pena (*na medida de sua culpabilidade*)" (*Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 484).

De acordo com o STJ, "no caso de crime cometido mediante o emprego de arma de fogo, por se tratar de circunstância objetiva, a majorante se entende a todos os agentes envolvidos no delito, sejam coautores ou partícipes, porquanto o Código Penal filiou-se à teoria monista ou unitária no que tange ao concurso de pessoas (Código Penal, art. 29)" (STJ, 5ª T., HC 532021, j. 05/12/2019).

3.2. Teoria pluralista (teoria da cumplicidade-delito distinto ou da autonomia da concorrência)

Os agentes praticam condutas concorrendo para a realização de **um fato**, mas haverá **um crime para cada agente**. Pode-se dizer que: vários agentes = vários crimes.

Ao explicar a teoria pluralista, Bitencourt assevera que "a cada participante corresponde uma conduta própria, um elemento psicológico próprio e um resultado igualmente particular" (*Código Penal Comentado*, p. 119).

Em outra vertente, considera-se a concorrência como crime *sui generis* (Nicoladoni), que, segundo Massari, poderia chamar-se de "crime de concurso", a ser atribuído a cada concorrente (Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal. Vol. I, Tomo II*, p. 328).

Segundo acentua a doutrina nacional, esta teoria é adotada, como exceção, pelo Código Penal. Podem ser citados os artigos 124, 2ª parte, e 126, ambos do Código Penal. Nessa hipótese, a gestante que consente e se submete ao aborto responde pelo delito descrito no art. 124 (2ª parte), sendo que o sujeito que provoca

o aborto responde pelo crime descrito no art. 126. Outras hipóteses: art. 235 e seu § 1º; art. 317 e art. 333; art. 342 e art. 343; art. 29, caput, parte final, e seu § 2º.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MPE-GO – 2019 – Promotor de Justiça) A respeito da disciplina do concurso de agentes no Código Penal, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Em face da adoção da teoria unitária ou monista, segundo a qual todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a ele cominadas, a testemunha que faz afirmação falsa e o agente que dá, oferece ou promete dinheiro ou outra vantagem para que ela faça a falsa afirmação respondem pelo crime de falso testemunho".

3.3. Teoria dualística ou dualista

Para a teoria dualista deve-se distinguir dois delitos, um crime único para os *autores principais (participação primária)* e outro crime único para os *autores secundários*/partícipes (*participação secundária*), que teria punição menos severa. Segundo Bitencourt (*Código Penal Comentado*, p. 120) e Paulo José da Costa Jr. (*Direito Penal Objetivo*, p.86), o atual CP adotou a teoria monística como regra, mas visando a uma dosagem adequada da pena entre os autores e partícipes, foi adotada, como exceção, a *teoria dualista*, conforme se observa na parte final do *caput* do art. 29 e em seus dois parágrafos.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto) Em matéria de concurso de pessoas, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Haverá único crime para os coautores e partícipes, segundo a teoria monista adotada pelo Código Penal, todos por ele respondendo em absoluta igualdade de condições".

(IBFC – 2018 – TRF2 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O Código Penal brasileiro atualmente vigente adota a teoria exclusivamente monista do concurso de agentes. Em decorrência desta opção dogmática de nosso legislador, jamais, e em hipótese alguma, nossa legislação admitiu a possibilidade de excepcioná-la, para adotar a teoria pluralista".

(CESPE – 2016 – TJ-AM – Juiz de Direito) De acordo com a jurisprudência do STJ, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Tendo o CP adotado a teoria monista, não há como punir diferentemente todos quantos participem direta ou indiretamente para a produção do resultado danoso".

(MP-MS – 2015 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O Direito Penal brasileiro adotou a teoria unitária ou monista, com exceções pluralistas que provocam a punição dos agentes que concorreram para o mesmo fato de acordo com dispositivos legais diversos".

(FCC – 2015 – TJ-SC – Juiz de Direito) "Nos crimes dolosos contra a vida praticado em concurso de pessoas, é correto afirmar, em relação ao Código Penal Brasileiro que: a) apenas nos crimes culposos contra a vida pode ser invocada a aplicação da Teoria Monista ou Unitária; b) é possível cindir o tipo no tocante à homogeneidade do elemento subjetivo, uma vez que a Teoria Monista ou Unitária não é plenamente reconhecida pelo sistema legal brasileiro; c) a teoria Monista ou Unitária aplica-se exclusivamente aos crimes dolosos contra a vida, tendo sua aplicação, portanto, vetada nas

hipóteses contempladas pelos crimes de trânsito; d) inspirado na legislação italiana, adotou, como regra, a Teoria Monista ou Unitária, ou seja, havendo pluralidade de agentes, com diversidade de conduta, mas provocando um só resultado, existe um só delito; e) denunciados em coautoria delitiva, e não sendo as hipóteses de participação de menor importância ou cooperação dolosamente distinta, os réus poderiam ser condenados por delitos diversos: homicídio doloso e homicídio culposo". **Gabarito: D.**

(MP-SP - 2015 - Promotor de Justiça) Foram consideradas *corretas* as seguintes alternativas: "I - Ao tratar do concurso de pessoas, o Código Penal adotou como principal a teoria monista ou unitária; II - O Código Penal, no que diz respeito ao concurso de pessoas, adotou também em alguns casos as chamadas exceções pluralísticas à teoria unitária".

4. AUTORIA

4.1. Conceitos de autor

4.1.1. *Conceito unitário de autor*

Todo aquele que concorre de alguma forma para o fato é autor. **Não distingue autor de partícipe**. Possui fundamento na teoria da equivalência dos antecedentes causais.

Exemplo: no crime de homicídio, são considerados autores tanto aquele que efetua o disparo (ato de matar) como aquele que fornece a arma desejando auxiliar na execução do crime, ou seja, não há diferença entre autor e partícipe, pois todos são autores, já que deram **causa** ao resultado. Lembremos que causa é toda conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido.

4.1.2. *Conceito extensivo de autor*

Formulado por Mezger, também possui fundamento na teoria da equivalência dos antecedentes causais.

Parte da ideia de que todos aqueles que dão causa ao resultado são **autores**, mas reconhece que a lei distingue graus de responsabilidade. Assim, as modalidades de participação seriam causas de restrição de pena (Santiago Mir Puig, *Direito Penal*, p. 332). Autores e partícipes contribuem para o resultado e realizam o tipo penal, e como tal violam a norma de conduta do tipo.

Com efeito, **autor** é aquele que causa o resultado, ou melhor, possui contribuição causal para a realização do tipo, salvo se estiver compreendido em alguma das categorias de participação.

4.1.3. *Teoria subjetiva*

Como bem esclarece Mir Puig (*Direito Penal*, p. 332), o conceito extensivo de autor foi complementado pela *teoria subjetiva da participação* para distinguir autor de partícipe. Como no plano objetivo-causal não é possível essa diferenciação, já que todos causam o resultado, deve-se, então, buscar a diferença no *plano subjetivo*.

O autor atua com ***animus auctoris*** e o partícipe com ***animus socii***. O partícipe é aquele que concorre em um ***crime alheio***. Ou seja, o partícipe atua com vontade de participar (*animus socii*) e quer o fato *como alheio*.

Verifica-se que se trata de uma teoria causal subjetiva por considerar a causalidade e o *animus*.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MPF – 20º Concurso – Procurador da República) "Em tema de concurso de pessoas, a expressão "o conceito de autor assume um caráter extensivo" é compatível com a orientação: a) da teoria subjetiva-causal; b) da teoria formal objetiva; c) da teoria final objetiva; d) da teoria que distingue entre autores e cúmplices". **Gabarito: A.**

4.1.4. *Conceito restritivo de autor*

4.1.4.1. *Introdução*

Parte da premissa de que nem todo aquele que **causa** o resultado é autor do delito. O agente pode **causar** o resultado (segundo a teoria da equivalência dos antecedentes causais) e, mesmo assim, não **realizar** os elementos do tipo. O autor, além de causar o resultado, realiza o tipo penal, ao passo que o partícipe contribui na causação do resultado, mas não realiza os elementos típicos.

Como o partícipe não viola a norma do tipo, já que ele não realiza seus elementos, é necessária uma norma de extensão para responder pelo delito. As normas que regulam a participação são causas de extensão de pena. Se inexistentes, o partícipe ficaria impune (José Cerezo Mir, Derecho Penal. Parte General, p. 1078).

No entanto, dividem as opiniões sobre quando ocorre uma concorrência de autor ou de partícipe. Distinguem-se três correntes: **1) teoria objetivo-formal; 2) teoria objetivo-material; 3) teoria do domínio do fato** (Santiago Mir Puig, *Direito Penal. Fundamentos e teoria do delito*, p. 334). É importante destacar que estas três teorias citadas possuem a função de diferenciar autor de partícipe, e não de fixar a responsabilidade penal. A diferença entre as duas categorias se encontra no plano da tipicidade, e não da culpabilidade ou da dosimetria da pena.

4.1.4.2. *Teoria objetivo-formal*

Autor é aquele que realiza todos ou alguns elementos do tipo (realiza o núcleo do tipo), como quem mata no homicídio, quem subtrai no furto. Em outras palavras, o autor executa, total ou parcialmente, a conduta que realiza o tipo.

O **partícipe** contribui para o crime sem realizar os elementos do tipo. *Ex.:* José mata Maria após ser instigado por João. Este não praticou o ato executório de matar, tendo apenas instigado, mas, mesmo assim, concorreu para o crime. Ambos respondem pelo delito descrito no art. 121 do CP, sendo José *autor* e João *partícipe*.

Segundo Nucci, "atualmente, é a concepção majoritariamente adotada (Aníbal Bruno, Salgado Martins, Frederico Marques, Mirabete, René Ariel Dotti, Beatriz

Vargas Ramos, Fragoso, citados por Nilo Batista, *Concurso de Agentes*, p. 61)" (*Código Penal Comentado*, p. 268). Esse critério possui o defeito de não explicar as questões que envolvem a autoria mediata.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2009 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No CP (...) adota-se, ainda, o conceito restritivo de autor, entendido como aquele que realiza a conduta típica descrita na lei, praticando o núcleo do tipo".

Para a teoria objetivo-formal, **coautores** são aqueles que conjuntamente realizam o núcleo do tipo. Ex.: duas pessoas, em mútuo acordo e com intenção de matar, desferem facadas na vítima. Independentemente de qual golpe tenha sido o fatal, a conduta de um é extensível ao outro. Adota-se na coautoria o **princípio da imputação recíproca** das distintas condutas. Como mais adiante será explicado, na participação foi adotado o princípio da acessoriedade.

4.1.4.3. *Teoria objetivo-material*

Considera-se **autor** aquele que contribui objetivamente com a conduta mais importante, ao passo que o **partícipe** é aquele que menor contribui na causação do resultado. Permite a confusa distinção entre causa e condição. O autor causa o resultado e o partícipe é sua condição.

4.1.5. *Teoria do domínio do fato*

4.1.5.1. *Histórico*

A expressão "domínio do fato" foi empregada pela primeira vez por Hegler (1915) no contexto da culpabilidade. Em 1939, Welzel ligou a ideia de domínio do fato com a doutrina finalista da ação e influenciou o desenvolvimento na doutrina alemã da teoria do domínio do fato. Nos crimes dolosos, autor é aquele que possui o domínio final do fato. Para Welzel, "não é autor de uma ação dolosa quem somente causa um resultado, mas quem tenha o domínio consciente do fato dirigido para o fim" (*Derecho Penal. Parte General*, p. 125).

Em 1963, Roxin desenvolve a sua ideia do domínio do fato. No entanto, o prestigiado penalista define **autor como a figura central do acontecer típico**. Trata-se de uma categoria relacionada ao tipo e não à culpabilidade, ou mesmo ao merecimento de pena ou à determinação judicial da pena (cf. Luis Greco p. 24). O conceito de autor é primário, sendo a figura central do tipo, ao passo que o partícipe que contribui para o fato típico é figura marginal do acontecer típico. Ele contribui para o fato típico de modo secundário.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNCAB – 2016 – Polícia Civil) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na teoria do domínio do fato, partícipe é a figura central do acontecer típico".

4.1.5.2. Autor

Na concepção de Roxin (*Autoria y dominio del hecho en derecho penal*, 7ª ed., Madrid: Marcial Pons), **autor é a figura central do acontecer típico**. Essa figura central se expressa: pelo domínio do fato; pela violação de um dever especial e pela elementar que exige a prática da conduta pelas próprias mãos:

a) **Pela violação de um dever especial nos delitos de violação de dever.** São crimes que pressupõem o descumprimento de um dever, como os delitos funcionais, os crimes culposos e os crimes comissivos por omissão. Nestes, autor é aquele que está sujeito a esse dever, qualquer que seja a sua contribuição na conduta típica;

b) **Pela elementar que exige a prática da conduta pelas próprias mãos.** Refere-se aos delitos de mão própria. Autor é aquele que realiza pessoalmente a ação típica.

c) **Pelo domínio do fato nos delitos comuns comissivos dolosos.** Nestes, o autor (figura central do acontecer típico) é aquele possui o domínio do fato. Por sua vez, o **domínio do fato** pode se dar de três formas:

c.1) ***Domínio da ação (autor imediato):*** considera-se autor imediato aquele que possui domínio sobre a própria ação. O autor realiza pessoalmente os elementos do tipo.

c.2) ***Domínio da vontade (autor mediato):*** também é autor aquele que domina a vontade de um terceiro que é utilizado como instrumento. O domínio da vontade se dá:

⇨ mediante *erro ou coação*. Ex.: autor mediato utiliza uma pessoa, sob coação moral irresistível, para executar o fato típico.

⇨ por *aparatos organizados de poder (teoria do domínio da organização)*. Ex.: o líder ou chefe de uma organização criminosa emite uma ordem de matar alguém a ser cumprida utilizando a estrutura do aparato organizado de poder, sendo que um integrante da estrutura executará a ordem.

Obs.: sobre a autoria mediata e, em especial, sobre o domínio da organização vide itens 4.3 e 4.4.

c.3) ***Domínio funcional do fato (autor funcional):*** em uma atuação conjunta (decisão comum e divisão de tarefas) para a realização de um fato, é autor aquele que pratica um ato relevante na execução do plano delitivo global, mesmo que não seja uma ação típica. O fato típico será a todos imputado.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MPE-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O critério do domínio funcional do fato é empregado para a responsabilização do agente que tem o controle sobre a atuação de um aparelho organizado de poder, como é o caso de uma organização criminosa".

(TRF3 - 2018 - Juiz Federal) Foram consideradas *corretas* as seguintes alternativas: "I. Foi retomada e desenvolvida pelo jurista alemão Claus Roxin, na década de 1960, e tem por função dogmática distinguir entre autor e partícipe; II. A ideia reitora dessa teoria é de que autor é quem atua com o domínio do fato; é a figura central do acontecer típico".

(FUNCAB - 2016 - PC-PA - Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Com esteio na concepção de Roxin sobre o domínio do fato: (...) Por domínio funcional do fato deve ser compreendida a coautoria, que pressupõe a divisão de tarefas relevantes entre os participantes, as quais são postas em prática durante a execução do delito, sendo vedada a imputação recíproca".

▸ COAUTORIA APENAS NA FASE EXECUTÓRIA

Conforme ressalta Roxin (Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal. 7ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 734), parcela da doutrinaentende que basta a intervenção na fase preparatória para fundamentar acoautoria. Porém, para o doutrinador, aquele que contribui na fase preparatória deve ser excluído da posição de domínio do fato. Ou seja, o coautor deve ter uma intervenção na **execução** do delito, ainda que não pratique a conduta estritamente típica. Assim, o líder dos agentes ou aquele que idealiza todo o delito, mas que não contribui na fase executória, será partícipe. Entretanto, ressalta que nesse caso (não contribuição na fase executória) o líder ou chefe do grupo pode figurar como autor, mas na figura da autoria mediata, quando, por exemplo, utilizar um aparato organizado de poder para executar o seu comando (autoria mediata pelo *domínio da organização*).

Obs.: o STJ já admitiu coautoria na fase preparatória: "Aplicável a teoria do domínio do fato para a delimitação entre coautoria e participação, sendo coautor aquele que presta contribuição independente, essencial à prática do delito, não obrigatoriamente em sua execução" (STJ, 5ª T., REsp 1068452, j. 02/06/2009).

Saliente-se que **a teoria do domínio do fato tem a função de diferenciar autor de partícipe**, não servindo para imputar a responsabilidade penal. Nesse sentido: "Nem se diga que o caso viria a encontrar solução na denominada teoria do domínio do fato, pois esta não deve ser utilizada como elemento de imputação de responsabilidade, mas apenas para distinguir entre autores e partícipes" (STJ, Corte Especial, trecho do voto na APn 439, j. 04/09/2013). Idem: "(...) 6. Não se admite a invocação da teoria do domínio do fato com vistas a solucionar problemas de debilidade probatória ou a fim de arrefecer os rigores para a caracterização do dolo delitivo, pois tais propósitos estão dissociados da finalidade precípua do instituto. 7. Não tendo o órgão acusatório se desincumbido do ônus probatório, de forma necessária e suficiente, e não tendo logrado demonstrar, de modo conclusivo, a autoria delitiva, a absolvição é medida que se impõe" (STF, 2ª T., AP 975, j. 03/10/2017).

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(MP-SC - 2019 - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O critério de imputação denominado "domínio do fato" é utilizado para atribuir responsabilidade ao autor intelectual que utiliza um inimputável como instrumento para a realização da conduta, mas não é utilizável para a definição do autor direto que realiza pessoalmente a conduta".

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O critério do domínio funcional do fato é empregado para a responsabilização do agente que tem o controle sobre a atuação de um aparelho organizado de poder, como é o caso de uma organização criminosa".

DOMÍNIO DO FATO e CRIMES COMISSIVOS DOLOSOS

Conforme se nota acima, e de acordo com Roxin, a teoria do domínio do fato (letra c supra) somente se aplica aos crimes comissivos dolosos. Não se aplica aos delitos funcionais, aos crimes culposos, aos crimes comissivos por omissão e nem aos crimes de mão própria (letras *a* e *b* supra).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FMP – 2017 – MP-RO – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A teoria do domínio do fato se aplica aos crimes culposos e aos de mão própria".

(FUNIVERSA – 2015 – PC-DF – Delegado de Polícia) "No que se refere à teoria do domínio do fato, é correto afirmar que: a) a teoria do domínio do fato objetiva oferecer critérios para a diferenciação entre autor e partícipe, sem a pretensão de fixar parâmetros sobre a existência, ou não, de responsabilidade penal; b) um agente criminoso que dirija o automóvel essencial e imprescindível para a fuga de um grupo de criminosos que rouba um banco, de acordo com a teoria do domínio do fato, pratica roubo, em coautoria, por domínio da vontade; c) a teoria do domínio do fato equivale à teoria objetivo-formal de autoria; d) o domínio do fato se manifesta em três diferentes formas: domínio da ação, na modalidade autoria mediata; domínio da vontade, na forma de autoria imediata; e domínio funcional do fato, como coautoria; e) a teoria do domínio do fato contribui para a diferenciação entre autor e partícipe no caso de crimes omissivos próprios e de crimes culposos". **Gabarito: A.**

4.1.5.3. Teoria do domínio do fato na jurisprudência e doutrina brasileiras

A teoria do domínio do fato possui aceitação doutrinária e jurisprudencial. Foi adotada pelo STF na AP 470 ("Mensalão") com fundamentos equivocados, conforme apontamentos doutrinários. Posteriormente o STF retornou a utilizá-la: "(...) 2. A teoria do domínio do fato não tem lugar para colmatar a falta de substrato probatório da autoria delitiva. Precedentes AP 975/AL e AP 898/SC. 3. No crime de falsidade ideológica, a conduta comissiva do tipo penal imputado não pode ser presumida, unicamente, pelo cargo de direção ocupado na época dos fatos, pois a *contrario sensu* estar-se-ia autorizar a aplicação da vedada responsabilidade penal objetiva. 4. O quadro processual revela a insubsistência de prova de manobra ou de conduta precedente ou posterior do denunciado, que, na condição de diretor geral, causasse óbices ou dificuldades na atuação dos agentes responsáveis pela fiscalização no trato de questões ambientais. 5. Absolvição por ausência de provas de que o réu tenha concorrido para a prática dos crimes previstos nos arts. 299 do CP e 69 da Lei 9.605/1998, por força do art. 386, V, do CPP" (STF, 2ª T., AP 987, j. 25/09/2018).

Por sua vez, o STJ adotou-a em algumas decisões:

- "Na coautoria, todos os agentes possuem o domínio comum do fato típico, mediante uma divisão de tarefas. Não é necessário que todos os agentes pratiquem o verbo descrito no tipo; basta que a sua conduta, atípica, se isoladamente observada, seja essencial para a realização do fato típico. Dessa forma, em se tratando de coautoria, todos os agentes respondem pela prática do mesmo delito praticado" (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 465.499, j. 28/04/2015);
- "O acusado que na divisão de trabalho tinha o domínio funcional do fato (a saber, fuga do local do crime), é co-autor, e não mero partícipe, pois seu papel era previamente definido, importante e necessário para a realização da infração penal" (STJ, 6ª T., HC 30503, j. 18/10/2005).
- "1. A teoria do domínio do fato funciona como uma ratio, a qual é insuficiente, por si mesma para aferir a existência do nexo de causalidade entre o crime e o agente. É equivocado afirmar que um indivíduo é autor porque detém o domínio do fato se, no plano intermediário ligado à realidade, não há nenhuma circunstância que estabeleça o nexo entre sua conduta e o resultado lesivo. 2. Não há, portanto, como considerar, com base na teoria do domínio do fato, que a posição de gestor, diretor ou sócio administrador de uma empresa implica a presunção de que houve a participação no delito, se não houver, no plano fático-probatório, alguma circunstância que o vincule à prática delitiva. 3. Na espécie, a acusada assumiu a propriedade da empresa de composição gráfica personalizada, em virtude do súbito falecimento de seu cônjuge. Movida pela pouca experiência para a condução da empresa, delegou as questões tributárias aos gerentes com conhecimento técnico especializado, bem como a empresas de consultoria. Tal constatação, longe de representar incursão no plano fático, é reconhecida, de modo incontroverso, pelas instâncias ordinárias, que concluíram pela ação equivocada na contratação e na delegação da condução fiscal da empresa. 4. Diante desse quadro, não há como imputar-lhe o delito de sonegação de tributo com base, única e exclusivamente, na teoria do domínio do fato, máxime porque não houve descrição de nenhuma circunstância que indique o nexo de causalidade, o qual não pode ser presumido" (STJ, 6ª T., REsp 1854893, j. 08/09/2020).

Aduz Fernando Galvão: "Sem dúvida, a teoria do domínio do fato é a opção teórica que melhor identifica a contribuição penalmente relevante e, por consequência, aquela que justifica a qualidade de autor. Não está adstrita às formalidades da descrição típica, mas observa a potencialidade lesiva ao bem jurídico" (ROCHA, Fernando A. N. Galvão. *Direito Penal: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 431).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MS - 2015 - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A reforma penal de 1984 da parte geral do Código Penal tornou incompatível a aplicação da teoria do domínio do fato".

(TJRS – 2014 – Juiz de Direito) *Questão discursiva:* "Os Ministros Carmen Lúcia e Gilmar Mendes acompanharam integralmente o voto do relator. A primeira registrou ser inaceitável declaração da defesa de que teria havido caixa 2, porquanto essa figura, além de criminosa, consistiria em agressão à sociedade brasileira. O segundo observou que a teoria do domínio do fato não seria algo novo" (AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, Informativo do STF, 9 a 11/10/2012). 1) Contextualize a afirmação do Ministro Gilmar Mendes no que tange ao concurso de pessoas: a) Concorda com o Ministro? Por quê? b) Relacione a teoria do domínio do fato com o artigo 29 do Código Penal, diferenciando, se for o caso, as principais formas de concurso de pessoas. c) Conceitue e forneça dois exemplos de autoria mediata. 2) A teoria do domínio do fato aplica-se: (Justifique) a) aos crimes culposos? b) aos delitos omissivos?"

(CESPE – 2010 – MP-SE – Promotor de Justiça) "Marcelo, Rubens e Flávia planejaram praticar um crime de roubo. Marcelo forneceu a arma e Rubens ficou responsável por transportar em seu veículo os corréus ao local do crime e dar-lhes fuga. A Flávia coube a tarefa de atrair e conduzir a vítima ao local ermo onde foi praticado o crime. Nessa situação hipotética, conforme entendimento do STJ, Rubens: a) foi partícipe e não coautor do crime de roubo, considerando que não executou o núcleo do tipo. b) foi coautor do crime, mas sua atuação foi de somenos importância, donde fazer jus às benesses legais respectivas. c) não responderá pelo crime de roubo, mas somente por favorecimento pessoal. d) foi partícipe do crime, pois não possuía o controle da conduta, conforme a teoria do domínio do fato, adotada pelo CP. e) foi coautor funcional ou parcial do crime, não sendo a sua participação de somenos importância". **Gabarito: E.**

Ressalta Pablo Alflen que a "ideia de domínio do fato somente adentrou no plano teórico-dogmático brasileiro no ano de 1979 e ficou restrita às concepções de Welzel e Roxin". Ademais, existem inúmeros equívocos doutrinários acerca do tema. Aduz o referido autor que é fundamental "ter em vista que a teoria de Roxin não consistiu em um simples aprimoramento da concepção de Welzel, mas, sim, em uma construção absolutamente nova e original, de modo que a doutrina brasileira deveria ter se preocupado em identificar sistematicamente as diferenciações teóricas e práticas de ambas as teorias, a fim de fornecer subsídios para a sua aplicação jurisdicional no âmbito nacional".

Obs.: para o aprofundamento da matéria, inclusive para melhor compreensão dos equívocos sobre a terminologia dada como sinônima à teoria do domínio do fato, a saber, teoria objetiva final ou teoria objetiva-subjetiva, sem qualquer explicação a respeito do referencial teórico, vide: ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do domínio do fato: incongruências da doutrina e jurisprudência brasileiras*. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 1, n. 1, 2013.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR – 2017 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A moderna teoria do domínio do fato, também denominada teoria objetivo-subjetiva, integra critérios objetivos e subjetivos para definir as categorias de autor e partícipe do tipo de injusto".

(MP-RS - 2017 - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Para a teoria do domínio do fato, autor é quem executa a ação típica, por conduta própria ou pela utilização de outro como instrumento de realização; também quem, mesmo não executando o fato típico em sentido estrito, participa da resolução criminosa, realizando parte necessária da execução do plano global. A teoria, partindo do conceito restritivo de autor, segue um critério objetivo-subjetivo".

4.2. Autoria imediata

Na autoria imediata o próprio agente executa o fato, ou seja, realiza pessoalmente os elementos do tipo penal, sem a necessidade de se servir de outra pessoa (chamado agente instrumento) para a execução.

A autoria imediata também ocorre quando o agente se utiliza de um *animal* (ex.: adestra um cachorro para que ele subtraia a coisa no crime de furto) ou um *instrumento* na execução do crime (ex.: o agente, com uma vara de pesca, consegue subtrair a coisa no furto). Nestes casos a execução do fato foi praticada pelo próprio agente. Se o agente utiliza *outra pessoa* (não culpável) para a execução do crime ocorrerá autoria mediata (próximo item).

Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina sustentam que a autoria imediata se subdivide em: *autoria direta*: o agente atua pessoalmente; *autoria indireta*: o agente utiliza um animal ou outro instrumento para a execução do crime (*Direito Penal. Parte Geral.* v. 2, p. 366). Discordamos dessa classificação de autoria indireta, pois, como analisado no próximo item, *autoria indireta* é sinônimo de *autoria mediata*.

4.3. Autoria mediata

4.3.1. Noção

Considera-se autor mediato (sujeito de trás) aquele que utiliza uma pessoa, que atua sem dolo ou de forma não culpável (*innocent agent*), como instrumento para a execução do fato. O domínio do fato pertence exclusivamente ao autor mediato e não ao executor. Ou seja, o autor mediato domina a vontade alheia para cometer o delito.

Predomina o entendimento que **os elementos necessários para a realização do tipo penal devem ser reunidos na figura do autor mediato ("homem de trás") e não no executor**. Destarte, nos crimes próprios (aqueles em que o tipo penal exige qualidade especial do sujeito ativo), o autor mediato deve possuir as qualidades específicas descritas no tipo. Ex.: somente o funcionário público poderia ser *autor mediato* de peculato (art. 312 do CP), tendo em vista que o tipo penal exige essa qualidade pessoal do agente. Nessa linha de raciocínio Zaffaroni e Pierangeli lecionam que "*o autor mediato deve reunir todos os caracteres que o tipo exige em relação ao autor*, ou o *intraneus* (o funcionário, por exemplo), que se vale do *extraneus* (não funcionário) para praticar uma corrupção, é autor do crime de corrupção, mas o *extraneus* que se vale do *intraneus* não é autor

mediato, por não possuir as condições típicas" (*Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*, p. 672).

Na **autoria mediata (domínio de agente instrumento que age sem dolo ou não culpável)**, embora haja pluralidade de sujeitos, prevalece o entendimento no sentido de que **não há *concurso de pessoas***, pois o executor do crime é mero instrumento da vontade do agente.

4.3.2. Situações de autoria mediata

A autoria mediata pode resultar de várias situações, tais como:

a) **Inimputabilidade do executor:** o agente (autor mediato) utiliza-se de inimputável para executar o delito. Ex.: 'A', com a intenção de subtrair para si o celular de 'B', determina que 'C' (doente mental e sem nenhuma capacidade de entender o caráter ilícito do fato) realize a subtração. 'A' é considerado autor mediato e responderá por furto.

b) **Coação moral irresistível:** o agente (autor mediato) constrange (*vis relativa*) outrem (coagido) a executar o fato criminoso. O coagido é isento de pena (art. 22), mas o agente que se utilizou do inculpável responderá pelo crime (autor mediato).

c) **Obediência hierárquica:** o superior hierárquico (autor mediato) emite uma ordem, não manifestamente ilegal, e o inferior a cumpre, praticando um fato típico e ilícito. Só responde o autor da ordem (art. 22).

d) **Erro de proibição inevitável:** o agente (autor mediato) utiliza-se de outrem para praticar o fato típico e ilícito, mas que não possui a consciência da ilicitude, nem lhe era possível atingi-la nas circunstâncias. Ex.: 'A', advogado, pretendendo a morte de 'B' (seu pai) – que se encontra sob sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave –, induz seu irmão 'C' a praticar eutanásia (homicídio piedoso), afirmando que se trata de uma causa de exclusão da ilicitude, inclusive mostrando-lhe diversos artigos doutrinários nesse sentido. Depois de ler os artigos que erroneamente afirmam que a eutanásia é uma causa de exclusão da ilicitude, 'C' mata 'B'. Considerando que 'A' sabia da ilicitude da conduta, será autor mediato, pois se serviu de outrem (não culpável em razão de erro de proibição indireto) para cometer o crime.

e) **Erro de tipo inevitável provocado por terceiro:** o agente (autor mediato) utiliza uma pessoa (que atua sem dolo ou culpa) para praticar o fato considerado crime. Ex.: o médico utiliza a enfermeira para aplicar o veneno e matar a vítima. O médico responderá por homicídio doloso e a enfermeira não responderá pelo delito, eis que não agiu com dolo ou culpa.

f) **Erro de tipo evitável provocado por terceiro:** o agente (autor mediato) utiliza uma pessoa (que atua por culpa) para praticar o fato considerado crime. Ex.: o médico entrega à enfermeira uma seringa contendo a

suposta medicação, que na realidade é veneno. A enfermeira percebe a coloração estranha e, ao invés de certificar-se se ocorria um erro, imprudentemente injeta o líquido na vítima, ocasionando a sua morte. O autor mediato responderá por homicídio doloso e a enfermeira por homicídio culposo. Alguns autores não aceitam essa hipótese como sendo autoria mediata.

g) **Ação justificada do executor:** o autor mediato provoca uma situação em que o executor praticará um fato típico, porém acobertado por uma causa de exclusão da ilicitude.

h) **Autoria de escritório ou aparatos organizados de poder:** como veremos, o agente se utiliza de pessoa que atua dentro de uma estrutura de poder.

▸ **Importante**

Em posição minoritária, Zaffaroni e Pierangeli não aceitam a autoria mediata nas hipóteses em que o executor pratica um fato típico e ilícito, mas é inculpável (incidência de causa de exclusão da culpabilidade). Aduzem que *"a falta de reprovabilidade da conduta do interposto não dá o domínio do fato ao determinador"*, pois este *"conta apenas com uma probabilidade de que o interposto cometa o injusto"*. Como não teria o domínio do fato, seria apenas um partícipe mediante instigação. Para os autores, somente haverá autoria mediata quando o autor (mediato) se vale de um terceiro: a) que age sem dolo; b) que age atipicamente; c) que age justificadamente (*Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 670-671).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR – 2017 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O autor mediato pode utilizar, como instrumento para a prática do crime, por exemplo, imputável em erro de tipo, imputável em erro de proibição, imputável em inexigibilidade de comportamento diverso ou inimputável".

(MP-SP – 2015 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A chamada autoria mediata se dá nos casos em que o agente consegue a execução do crime por meio de pessoa que age sem culpabilidade".

(CESPE – 2015 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A autoria mediata distingue-se da participação em sentido estrito em razão do domínio do fato. Tem-se, como exemplo da primeira, a utilização de inimputáveis para a prática de crimes".

4.3.3. Situações peculiares

4.3.3.1. Crime próprio e autoria mediata

Quando o tipo penal exige uma qualidade especial do sujeito ativo diz-se que o crime é próprio. Como acima explicado, é possível autoria mediata em crimes próprios, desde que o autor mediato possua as qualidades específicas exigidas no tipo.

4.3.3.2. Crime de mão própria e autoria mediata

No crime de mão própria o tipo penal exige que a conduta somente possa ser cometida pessoalmente pelo autor e de forma direta. A doutrina inclina-se pela impossibilidade de autoria mediata, sob o fundamento de que o autor mediato não reúne as qualidades ou condições exigidas pelo tipo penal. Ex.: no crime de autoaborto (art. 124, 1ª parte) somente a gestante pode ser a executora, não podendo se utilizar de terceiro (agente instrumento).

Rogério Greco sustenta que excepcionalmente pode ocorrer autoria mediata em crimes de mão própria. Cita o exemplo da testemunha que sofreu coação moral irresistível e prestou depoimento falso. O coator seria autor mediato do crime de falso testemunho (*Curso de Direito Penal. Parte Geral*, p. 429). Discordamos do referido autor. No crime de mão própria somente a figura central do fato típico, ou seja, o seu autor, pratica pessoalmente a conduta. Qualquer outra pessoa que contribua para o crime poderá ser considerada partícipe, e não autora. Desse modo, no exemplo citado por Rogério Greco, a pessoa que coagiu (o coator) é partícipe, e não autor mediato.

4.3.3.3. Crime culposo e autoria mediata

Não é possível a autoria mediata de crime culposo. Se o autor não quer a produção do resultado, é incompatível se imaginar que ele utilize de um terceiro para produzir o que não pretende.

4.3.3.4. Coação física irresistível e autoria mediata

Predomina na doutrina o entendimento de ser possível autoria mediata na hipótese de coação física irresistível, uma vez que o autor mediato se serve de um terceiro ("homem da frente"), mesmo que este não pratique conduta (involuntariedade do 'executor') para a execução do crime, pois, no caso, a "vontade" do executor é dominada pelo autor mediato (cf. Rogério Greco, *Curso de Direito Penal. Parte Geral*, p. 426; Cleber Masson, *Direito Penal Esquematizado. Parte Geral*, 2009, p. 468).

Não é a nossa posição, pois somente pode ser considerado executor ("homem da frente") aquele que pratica conduta (ato de consciência e vontade), mas dominada pelo autor mediato. Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina (*Direito Penal. Parte Geral*, p. 369; Zaffaroni e Pierangeli, *Manual de Direito Penal*, p. 670) comungam desse entendimento. Na verdade, não pode ser considerado "homem da frente" (agente instrumento/executor) aquele que não pratica ato volitivo, eis que figura como se fosse uma coisa. Ou seja, ocorre autoria imediata e não mediata na hipótese de o agente se servir de uma pessoa que atua sem vontade. Ex.: 'A' empurra 'B' na direção de 'C' com a intenção de causar lesões corporais neste. Não se pode dizer que houve autoria mediata. Não faria nenhuma diferença jurídica se 'A' tivesse utilizado uma pessoa ou uma pedra. É caso de autoria imediata.

4.4. Autoria de escritório ou aparatos organizados de poder (teoria do domínio da organização)

4.4.1. Noção

Segundo Roxin, autor é a figura central do acontecer típico. Nos crimes comuns comissivos dolosos, isso se manifesta pelo domínio do fato. Há três formas de dominar o fato: a) domínio da ação; b) domínio da vontade; c) domínio funcional do fato. No contexto da teoria do domínio do fato, Roxin desenvolve uma modalidade específica de **domínio da vontade**, qual seja, a **teoria do domínio da organização (aparatos organizados de poder)**. Desenvolve a ideia de uma outra modalidade de autor mediato, referente aquele homem de trás que domina um aparato organizado de poder.

Nas palavras de Roxin, autor mediato é "todo aquele que tem, em suas mãos, a alavanca de controle do aparato de poder, independentemente do grau hierárquico, e, através de uma instrução, pode dar origem a fatos penais, nos quais não importa a individualização do executante. Portanto, é a **fungibilidade** (substitutividade ilimitada do autor imediato) que garante ao homem de trás a execução do fato e lhe permite dominar os acontecimentos. O atuante imediato é apenas uma roldana substituível dentro das engrenagens do aparato de poder" (ROXIN, Claus. *Autoria Mediata por meio do Domínio da Organização*. In *Temas de Direito Penal - Parte Geral*. Luís Greco e Danilo Lobato (coords.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 324).

Exemplo: "caso do muro de Berlim". Os membros do Conselho de Defesa Nacional da antiga República Democrática Alemã foram condenados como autores mediatos pelo homicídio dos fugitivos da República. Eles ordenaram, por meio de instruções gerais, que os soldados de fronteira disparassem tiros, bem como que colocassem explosivos mortais no muro. Os membros dominaram os acontecimentos por meio de aparato organizado de poder.

▸ **Como o assunto cobrado em concurso?**

(FUNCAB - 2016 - PC-PA - Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Com esteio na concepção de Roxin sobre o domínio do fato: (...) A teoria do domínio do fato amplia o conceito de autor. Permite, destarte, a punição de uma pessoa pelo simples ocupar de uma posição de poder na estrutura de determinada organização criminosa, caso membros dessa organização executem o crime. Mesmo que não haja comprovação da ordem emitida por quem tem poder de mando, infere-se sua existência".

4.4.2. *Fundamentos do domínio da organização*

O domínio do fato em virtude de aparatos organizados de poder baseia-se concretamente em quatro dados: no poder de mando do homem de trás (de emitir ordens); na desvinculação do direito pelo aparato de poder; na fungibilidade do executor imediato; na disposição essencialmente elevada do executor ao fato (ROXIN, Claus. *Novos Estudos de Direito Penal*. Org. Alaor Leite, trad. Luís Greco... [et alii]. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 183).

Essa forma de autoria legitima que responda como autor mediato aquele que, numa estrutura organizada de poder (caracterizada por sua rígida estrutura hierárquica, desvinculação da ordem jurídica e fungibilidade dos executores), emite uma ordem para que um subalterno (executor imediato) cometa o delito.

▸ **Como o assunto cobrado em concurso?**

(FCC – 2017 – TJ-SC – Juiz de Direito) A moderna teoria do domínio do fato de Claus Roxin procura solucionar alguns problemas de autoria e, expressamente, já foi adotada em nossos tribunais. Além das previsões legais sobre autoria mediata, existe a possibilidade de autoria no âmbito de uma organização. Para que esta seja configurada devem estar presentes alguns requisitos, EXCETO:

a) poder efetivo de mando.

b) fungibilidade do autor imediato.

c) desvinculação do aparato organizado do ordenamento jurídico.

d) o prévio acerto entre o comandante e os demais comandados.

e) disponibilidade consideravelmente elevada por parte do executor.

Gabarito: D.

(FMP – 2017 – MP-RO – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A autoria mediata por aparatos de poder organizado exige, entre outros requisitos, o contributo de um executor fungível, de modo que a crítica doutrinária recai sobre os casos envolvendo agentes que desempenham funções imprescindíveis na estrutura da organização (contador, v.g)".

(FUNCAB – 2016 – PC-PA – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Com esteio na concepção de Roxin sobre o domínio do fato: (...) Uma das hipóteses de autoria pelo domínio do fato reside no domínio de um aparato organizado de poder. Como característica marcante, entre outras, dessa situação de autoria mediata, tem-se a fungibilidade dos executores, a quem são emitidas ordens dentro de uma estrutura verticalizada de poder".

4.4.3. *Modelos de aparatos de poder*

Podem ser citados como modelos de aparatos organizados de poder: 1) organização política, militar ou policial que se apodera do aparelho do Estado (ex.: sistema nacional-socialista alemão, ditaduras militares); 2) organizações criminosas, secretas e movimentos clandestinos.

Existe divergência acerca da possibilidade de as PESSOAS JURÍDICAS serem consideradas como aparatos organizados de poder:

Apesar de a jurisprudência penal na Alemanha alargar o domínio da organização ao âmbito das empresas, Roxin se mostra resistente à ideia. Argumenta que falta a fungibilidade aos executores, como ocorre nas organizações criminosas. Dentro de uma empresa deve-se esperar que ordens ilícitas não sejam cumpridas (ROXIN, Claus. *Autoria Mediata por meio do domínio da organização*. In *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 336-337).

Segundo Pablo Alflen, "os aparatos de poder devem consistir em organizações criminosas, de forma que não se pode incluir aí as empresas, pois estas não são criminosas por si mesmas, uma vez que perseguem a obtenção legal de benefícios financeiros e as infrações são acidentais, a não ser que estas sejam constituídas visando fins ilícitos. Dessa forma, a autoria do homem de trás dá-se partindo do seu poder fático de condução, no sentido de um modelo de imputação normativo, de maneira que na organização a responsabilidade aumenta com o afastamento do plano da execução" (SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *O domínio por organização na dogmática penal brasileira do concurso de pessoas*. Direito em Revista, v. 3, n. 1, p. 8-16, jan./jun. 2006).

▸ **Como o assunto cobrado em concurso?**

(FUNCAB - 2016 - PC-PA - Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Com esteio na concepção de Roxin sobre o domínio do fato: (...) Reconhece-se de forma pacífica a autoria pelo do domínio de um aparato organizado de poder nos crimes praticados através de empresas, isto é, de entidades que não atuam à margem do direito".

4.5. Autoria de determinação

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (ob. cit., p. 675-678), a chamada "autoria de determinação" não se trata das formas comuns de concorrência (*autoria* e *participação*), mas sim de uma espécie distinta desta.

Essa figura é criada para resolver a lacuna doutrinária que surge com a situação de não se admitir autoria mediata nos crimes de mão própria, bem como nos crimes próprios quando o autor mediato não reúne as qualidades exigidas no tipo.

Costuma-se citar o exemplo do crime de estupro (com redação anterior à Lei nº 12.015/09 e pressupondo que se trata de delito de mão própria): "uma mulher dá um sonífero a outra e depois hipnotiza um amigo, ordenando-lhe que com aquela mantenha relações sexuais durante o transe. O hipnotizado não realiza conduta (...), ao passo que a mulher não pode ser autora de estupro, porque é delito de mão própria. Tampouco é partícipe, pois falta o injusto alheio em que cooperar ou a que determinar". Repare que a mulher que hipnotizou não pode ficar impune. O problema é que não é autora mediata, pois não reúne a qualidade - ser homem - exigida pelo tipo (redação antiga). Por outro lado, para ser partícipe, como veremos, deve haver contribuição em um fato típico e ilícito (injusto penal) realizado por um autor. No caso, em razão da ausência de conduta do hipnotizado, não há crime de sua parte, de modo que a mulher que hipnotizou não estaria participando de nenhum delito, vale dizer, também não figura como partícipe.

Para que não haja impunidade, cria-se então a figura do **autor de determinação**. Ou seja, na autoria de determinação, não se aplicam as formas de autoria, direta ou mediata, nem de participação. A pessoa responderá por ter cometido o delito de determinar a violação.

4.6. Autoria colateral

A autoria colateral ou paralela ocorre na hipótese em que duas (ou mais) pessoas, desconhecendo a intenção uma da outra, praticam determinada conduta visando ao mesmo resultado, que ocorre em razão do comportamento de apenas uma delas. **Não há concurso de pessoas pela ausência do vínculo subjetivo**. Cada uma responde pela sua conduta (crimes autônomos).

Exemplo: 'A' e 'B', sem que cada um conhecesse a intenção do outro, efetuam, ao mesmo tempo, disparos em direção à vítima, que recebe um tiro na cabeça (o fatal), e outro no pé (que não concorreu para a morte). A perícia aponta que o tiro na cabeça do ofendido (causa da morte) foi provocado por 'A', e que o tiro no pé dele partiu da arma de 'B'. Cada agente responde por aquilo que praticou: 'A' por homicídio consumado e 'B' por homicídio tentado.

▸ **Como o assunto cobrado em concurso?**

(MPE-GO – 2019 – Promotor de Justiça) A respeito da disciplina do concurso de agentes no Código Penal, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A autoria colateral ocorre quando dois agentes, conhecendo a conduta um do outro, agem convergindo para o mesmo resultado, que se realiza por conta de um só dos comportamentos ou em virtude dos dois comportamentos".

4.7. Autoria incerta ou autoria colateral incerta

Ocorre **autoria incerta** quando, na autoria colateral, não se sabe qual dos autores causou o resultado. *Exemplo:* se no caso acima (item 4.6) não se descobrisse quem efetivamente foi o autor do disparo fatal, cada um dos atiradores responderia por homicídio tentado. Aplica-se, aqui, o princípio *in dubio pro reo*.

4.8. Autoria ignorada

A **autoria ignorada** se dá quando se desconhece o autor do crime. *Exemplo:* uma joalheria foi furtada e não se sabe quem foi o autor. Não se deve confundi-la com a autoria incerta, pois nesta se identifica quem praticou as condutas, mas se desconhece quem foi o causador do resultado.

▸ **Como o assunto cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – TJ-PR – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A autoria colateral é aquela em que há pluralidade de agentes e liame subjetivo entre eles para a realização da conduta".

(TJ-PA – 2005 – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A autoria incerta se equipara à autoria ignorada".

4.9. Autoria acessória (secundária) ou autoria colateral complementar

Ocorre na hipótese de duas pessoas concorrerem para o mesmo fato, sem terem ciência disso, e o resultado é efeito da soma das condutas. Não há concurso

de pessoas ante a ausência de liame subjetivo. *Exemplo:* 'A' e 'B' colocam veneno na comida de 'C'. A porção de veneno de cada um, embora suficiente para lesar, seria insuficiente para matar, mas as duas juntas tiveram potencialidade ofensiva para tanto.

Diverge a doutrina sobre a solução penal para o caso:

1ª posição: como cada um dos autores contribuiu para o resultado morte, cada um responderá por seu delito (homicídio doloso consumado), na forma do art. 13 do CP. Trata-se de causa relativamente independente.

2ª posição: "cada participante responde pelo que fez (tentativa de homicídio), nos limites do risco criado, não pelo resultado final (homicídio consumado). O risco criado pela conduta de cada uma delas era insuficiente para matar, mas era eficaz para lesar" (Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, *Direito Penal - Parte Geral. V. 2*, p. 366).

3ª posição: haverá crime impossível para os dois agentes, "pois o que vale é o comportamento de cada um, isoladamente considerado, sendo irrelevante que a soma dos venenos tenha atingido a quantidade letal, pois não se pode responsabilizá-los objetivamente" (Fernando Capez, *Direito Penal - Parte Geral*, p. 350).

4.10. Autoria de reserva

Durante a execução do crime, o agente aguarda para ver se será preciso a sua atuação. *Exemplo:* enquanto um agente executa o roubo, o outro aguarda do outro lado da rua para possível atuação em caso de resistência da vítima. Poderá ser coautor ou partícipe, dependendo do caso.

4.11. Coautoria sucessiva

Ocorre quando um segundo agente ingressa em um crime já iniciado. Os atos executórios do crime são iniciados por um agente, sem contar com a contribuição de qualquer outro. Entretanto, antes da consumação, ocorre o ingresso de um segundo autor (com liame subjetivo entre eles), contribuindo de forma efetiva para a consumação do crime.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2008 - MP-RR - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Ocorre a coautoria sucessiva quando, após iniciada a conduta típica por um único agente, houver a adesão de um segundo agente à empreitada criminosa, sendo que as condutas praticadas por cada um, dentro de um critério de divisão de tarefas e união de desígnios, devem ser capazes de interferir na consumação da infração penal".

4.12. Autoria sucessiva

Segundo Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, "ocorre a autoria sucessiva quando alguém ofende o mesmo bem jurídico já afetado antes por outra pessoa.

Exemplo: CP, art. 138, § 1º: quem propala ou divulga a calúnia precedente, sabendo falsa a imputação" (*Direito Penal. Parte Geral. V.2*, p. 365). Não se trata de concurso de pessoas.

4.13. Coautoria alternativa

O resultado pode ser alcançado com a conduta de um dos agentes, mas será extensiva ao outro. *Exemplo:* 'A' e 'B' aguardam 'C' sair de casa. 'A' espera no portão da frente e 'B' no dos fundos da casa. 'C' sai pelo portão da frente e é alvejado pelas balas disparadas por 'A', morrendo. 'A' e 'B' são coautores. Nos moldes da teoria do domínio do fato, 'A' é coautor executor e 'B' coautor funcional (cf. Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, *Direito Penal. Parte Geral. V.2*, p. 375).

4.14. Atuação em nome de outrem

Ocorre nas hipóteses em que o executor, que atua em nome de outrem, não reúne as qualidades específicas para realizar o tipo penal. Assim, não pode ser autor. De outro lado, a pessoa que reúne essas qualidades (ex.: diretor ou gerente da empresa), se não tiver o domínio do fato, em tese ficará impune. Ou seja, não se pune ninguém. Assim sendo, assevera Luiz Regis Prado (*Curso de Direito Penal*, 2007, p. 497) que "Faz-se necessário, isso sim, desenvolver instrumentos de imputação das pessoas físicas que controlam a empresa, que estão em sua cúpula. A relação de subordinação que há entre o diretor e o empregado funcionaria, dessa forma, como uma via de transmissão da responsabilidade penal. Para tanto, é preciso introduzir nos Códigos Penais dispositivos gerais que solucionem problemas como o apontado".

4.15. Autoria por convicção

O agente pratica o delito tendo consciência da ilicitude do fato, mas deixa de observar a norma por convicção referente a questões de consciência, como no caso de crença religiosa.

4.16. Autoria intelectual

No escólio de Damásio de Jesus (*Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 19), autor intelectual é aquele que planeja a ação delituosa, como ocorre no caso do chefe de uma associação criminosa, mesmo que não efetue nenhum comportamento típico de algum dos crimes planejados. Ainda segundo Damásio, o Código Penal agrava a pena do autor intelectual quando se refere ao sujeito que "promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes" (art. 62, I).

Entretanto, para Roxin (*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7a. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 330), se o chefe de uma associação criminosa não pratica qualquer ato na execução não será autor, mas sim partícipe. Ou seja, mesmo que o agente seja o cabeça do grupo criminoso, é indispensável a sua intervenção na execução. Porém, ressalta que o chefe do grupo pode ser *autor mediato*, quando se utilizar de um aparato organizado de poder.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNCAB – 2016 – PC-PA – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Com esteio na concepção de Roxin sobre o domínio do fato: (...) Para a teoria do domínio do fato, o autor é a figura central do fato típico. Dessa forma, inegavelmente há autoria na conduta do executor (autor imediato), que é, por exemplo, aquele que pratica a subtração em um crime de furto. Também é autor o mandante, como no caso da pessoa que contrata um pistoleiro para matar alguém".

5. PARTICIPAÇÃO

5.1. Introdução

A participação (propriamente dita) consiste em contribuir na conduta criminosa do autor ou coautores, praticando atos que não se amoldam diretamente à figura típica e que não tenham o domínio final do fato. Admite-se a participação até a consumação do crime. Entretanto, como visto, nos crimes permanentes a participação pode se dar enquanto perdurar a fase da consumação.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concursos?**

(MP-MS – 2015 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Aquele que colabora para a conduta típica do autor, praticando uma ação que, em si mesma, é irrelevante para o âmbito penal, não pode ser considerado partícipe".

(CESPE – 2009 – PGE-PE – Procurador do Estado) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O partícipe, para ser considerado como tal, não pode realizar diretamente ato do procedimento típico, tampouco ter o domínio final da conduta".

O partícipe responde pelo crime em virtude do disposto no art. 29 do Código Penal, a saber: "*Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*".

O partícipe não realiza diretamente a conduta típica e não possui o domínio do fato, mas concorre **induzindo, instigando** ou **auxiliando** o autor.

5.2. Formas (induzimento, instigação e auxílio)

a) Participação moral (induzimento e instigação):

- **Determinação ou induzimento:** agir sobre a vontade do autor, fazendo nascer o propósito delituoso. *Exemplo:* 'A' comenta com 'B' que '*C*' está tecendo maldosos comentários sobre a sua vida. Como se não bastasse o comentário, 'A' ainda diz: "se eu fosse você eu mataria *C*". 'B', aceitando a ideia, realmente mata '*C*'. Nesse caso, '*B*' não pensava em matar 'C', mas foi induzido por 'A'. Pode-se dizer que 'A' "plantou a ideia" na mente de '*B*'.
- **Instigação:** agir sobre a vontade do autor, reforçando ou estimulando a ideia criminosa já existente. *Exemplo:* 'B' comenta com 'A' que está pensando em matar 'C', mas que ainda está com dúvidas sobre isso. 'A' convence 'B' a levar adiante o seu plano, o que de fato

ocorre. Nesse caso, 'A' não "plantou a ideia" na mente de 'B', mas sim reforçou a ideia que 'B' já possuía.

b) Participação material (cumplicidade):

- **Auxílio** na realização do crime. Trata-se de uma contribuição por meio de um comportamento, tanto na preparação quanto na execução do delito. *Exemplos:* permanecer na vigilância durante a execução de um delito; no crime de homicídio, emprestar arma ciente da finalidade que será utilizada para matar.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concursos?**

(CESPE – 2019 – TJ-PR – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A participação, que pode ser moral ou material, é admitida até a consumação do crime".

(CESPE – 2018 – Polícia Federal – Delegado de Polícia Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Clara, tendo descoberto uma traição amorosa de seu namorado, comentou com sua amiga Aline que tinha a intenção de matá-lo. Aline, então, começou a instigar Clara a consumar o pretendido. Nessa situação, se Clara cometer o crime, Aline poderá responder como partícipe do crime".

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Será considerado cúmplice aquele que incutir na mente do autor principal o propósito criminoso".

5.3. Natureza jurídica da participação

Trata-se de uma das formas de **adequação típica de subordinação mediata/indireta**. Inicialmente a conduta do partícipe é atípica, pois seu fato não se subsume ao tipo penal. Mas, aplicando-se a norma de ampliação espacial e pessoal da figura típica (art. 29 do CP), o tipo passa a abranger a sua conduta (acessória). Trata-se de uma forma de *acessão* ao fato praticado pelo executor.

Exemplo: 'A' mata 'B' (conduta principal) após ser induzido por 'C' (conduta acessória).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2009 – PC-PA – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A participação, no concurso de pessoas, é considerada hipótese de tipicidade mediata ou indireta".

Assim, para haver participação (conduta acessória) é necessária uma conduta principal praticada pelo autor ou coautores (fato principal). Doutrinariamente, se diz que há quatro classes de acessoriedade (teorias da acessoriedade):

a) **Teoria da acessoriedade mínima:** o partícipe (conduta acessória) será punido se o autor (conduta principal) praticar um fato típico, independentemente de ilicitude do fato e da culpabilidade e punibilidade do agente.

b) **Teoria da acessoriedade limitada ou média:** o partícipe (conduta acessória) será punido se o autor (conduta principal) praticar um fato típico e ilícito, independentemente da culpabilidade e punibilidade do agente.

c) **Teoria da acessoriedade extrema ou máxima:** o partícipe (conduta acessória) será punido se o autor (conduta principal) praticar um fato típico, ilícito e culpável, independentemente da efetiva punibilidade deste.

d) **Teoria da hiperacessoriedade:** o partícipe (conduta acessória) será punido se o autor (conduta principal) praticar um fato típico, ilícito, culpável e punível efetivamente.

Na doutrina pátria predomina o entendimento de ter o **CP adotado a teoria da acessoriedade limitada**, de sorte que o fato principal deve ser típico e ilícito para que o partícipe possa responder pelo crime.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MPE-GO – 2019 – Promotor de Justiça) A respeito da disciplina do concurso de agentes no Código Penal, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Quanto à punição do partícipe, o Código Penal adotou a teoria da acessoriedade extrema, que exige, para a punição do partícipe, tenha o autor praticado um fato típico, antijurídico e culpável".

(MP-SP – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Otelo e Rinaldo foram denunciados e pronunciados pela prática de homicídio. Otelo como autor da conduta e Rinaldo como partícipe. Se o Conselho de sentença decidir que Otelo, agente denunciado e pronunciado como autor do crime de homicídio, não praticou a conduta descrita no tipo, "matar alguém", ainda assim poderá decidir pela condenação de Rinaldo, partícipe que permaneceu "vigia", dando cobertura ao autor Otelo, pois, em relação ao concurso de pessoas, aplica-se a teoria da acessoriedade limitada".

(CESPE – 2019 – TJ-PR – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A teoria da acessoriedade limitada entende que basta o fato principal ser típico para que o partícipe seja punido.

(FUNDEP – 2017 – MP-MG – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Sobre o concurso de pessoas, (...) o Código Penal: admitiu, no que se refere à participação, a teoria da hiperacessoriedade, como regra, e da acessoriedade limitada, como exceção".

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Segundo a teoria da acessoriedade mínima, uma ação justificada para o autor não constitui crime para o partícipe".

(FGV – 2015 – TCE-RJ – Auditor) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na teoria da acessoriedade limitada, somente haverá a punição do partícipe se o autor houver praticado uma conduta que seja típica, ilícita e culpável".

Questão: 'A', ao ser agredido por 'B', solicita a faca de 'C' para se defender e matar 'B'. Considerando que 'A' matou 'B' em legítima defesa, pergunta-se: 'C' responderá por homicídio? Resposta: não, uma vez que a conduta principal (matar alguém), apesar de constituir um fato típico (amolda-se ao art. 121 do CP), não é

ilícita, diante da excludente (arts. 23 II, e 25 do CP). Como a conduta acessória do partícipe não foi seguida de um fato típico e ilícito, por nada responderá.

DIVERGÊNCIA

Alguns autores sustentam que, ao se aceitar a teoria da acessoriedade limitada (o partícipe é punido se o autor praticar um fato típico e ilícito), aquele que induz ou instiga uma pessoa não culpável (ex.: inimputável) a praticar um fato criminoso seria "partícipe" e não "autor mediato". Exemplificando: 'A' induz 'B' (inimputável) a prática de um furto. 'B' terá praticado um fato típico e ilícito, mas não será culpável. Assim, 'A' deveria ser considerado "partícipe" e não "autor mediato", já que o fato praticado 'B' é típico e ilícito. Caso se adote a teoria da acessoriedade máxima (o partícipe é punido se o autor praticar um fato típico, ilícito e culpável), no exemplo, 'A' ficaria impune, pois 'B' teria praticado apenas um fato típico e ilícito. Então, para evitar isso, considera-se 'A' como "autor mediato" e não como partícipe.

5.4. Participação de menor importância

Conforme **art. 29, § 1º**, se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. Possui aplicação apenas ao partícipe, haja vista que é incompatível com a conduta do autor, que realiza o verbo típico ou possui o domínio do fato.

Essa causa de diminuição de pena não se concilia com as agravantes descritas no art. 62 do CP, porque ninguém pode ter uma participação de menor importância e, ao mesmo tempo, promover, coagir etc.

Uma vez evidenciada a contribuição de menor importância para o delito, a redução da pena se torna obrigatória. A expressão "pode" refere-se ao *quantum* da diminuição. Em sentido contrário, existe o entendimento de ser a redução facultativa, podendo o juiz deixar de aplicá-la, mesmo convencido da participação de pouca importância.

O critério para fixação do *quantum* deve variar de acordo com a maior ou menor contribuição do partícipe na prática delituosa: quanto mais a conduta se aproximar do núcleo do tipo, menor será a diminuição, ao passo que quanto mais distante maior será a redução.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2018 – PC-SE – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "João e Pedro, maiores e capazes, livres e conscientemente, aceitaram convite de Ana, também maior e capaz, para juntos assaltarem loja do comércio local. Em data e hora combinadas, no período noturno e após o fechamento, João e Pedro arrombaram a porta dos fundos de uma loja de decoração, na qual entraram e ficaram vigiando enquanto Ana subtraía objetos valiosos, que seriam divididos igualmente entre os três. Alertada pela vizinhança, a polícia chegou ao local durante o assalto, prendeu os três e os encaminhou para a delegacia de polícia local. João e Pedro tiveram participação de menor importância no crime de furto; assim, eventual indiciamento dos dois será na condição de partícipes, razão por que eles poderão ser beneficiados pela diminuição de um a dois terços da pena".

5.5. Participação por omissão

Parte da doutrina admite a hipótese de participação por omissão quando o agente podia e devia agir para evitar o resultado, mas se omitiu, aderindo ao crime de outrem.

Exemplo: se um policial, podendo e devendo agir, deixa de evitar um furto, aderindo subjetivamente a este, responde pelo crime. Em outro sentido, há quem sustente que neste exemplo, o policial não é partícipe, mas sim autor direto (crime omissivo impróprio, nos termos do art. 13, § 2º, *a*, do CP).

Ao adotar a tese da possibilidade da participação por omissão, Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina esclarecem que "a diferença que existe entre o partícipe por omissão e o crime omissivo impróprio (ou comissivo por omissão) é a seguinte: no primeiro (participação omissiva) o partícipe não tem o codomínio do fato (é mero participante dele); no segundo o autor tem total domínio do fato (ou seja: é ele quem dirige o destino do fato)" (*Direito Penal. Parte Geral. V.2*, p. 378).

Damásio (*Direito Penal - Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 436) argumenta que o omitente portador do dever jurídico de impedir o resultado é autor e não partícipe. Trata-se de autoria mediante omissão no delito comissivo, e não de participação.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC - 2020 - TJ-MS - Juiz de Direito) Em matéria de concurso de pessoas, foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Admissível a coautoria nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão".

5.6. Participação criminal mediante ações neutras

São as hipóteses de condutas que, em tese, se amoldam ao tipo penal (teoria da equivalência dos antecedentes causais), mas que não são punidas por serem consideradas normais da vida cotidiana. Entretanto, alguns casos passam a ser questionados pela doutrina, merecendo reflexão se necessitam ou não da intervenção penal. *Exemplos:* taxista que toma conhecimento que o passageiro transportado está se dirigindo ao local do crime; padeiro que vende pão a uma pessoa que comenta que irá utilizá-lo para esconder veneno a ser fornecido para alguém; comerciante que vende arma de fogo ao comprador que confessa que irá matar alguém. Sobre o tema é indicada a obra de Luís Greco, *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

5.7. Participação de participação (participação em cadeia ou participação mediata)

Ocorre quando o agente induz ou instiga outrem a induzir ou instigar terceira pessoa.

Exemplo: 'A' induz 'B' a induzir 'C' a matar 'D'. A participação mediata é punível da mesma forma que a participação imediata.

▸ **Como o assunto cobrado em concurso?**

(FMP – 2017 – MP-RO – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Não é punível a instigação em cadeia, em razão do princípio da proibição do regresso".

5.8. Participação sucessiva e "alias facturus"

Ocorre a **participação sucessiva** quando o autor do crime é induzido ou instigado por outras pessoas, sem que estas possuam vínculo subjetivo.

Exemplo: 'A' **induz** 'B' a matar 'C'. Após o induzimento, mas sem ainda ter decidido, 'B' conversa com 'D' sobre a ideia, sendo que este o **instiga** a praticar o delito. 'B' será autor, 'A' e 'D' partícipes. Houve uma participação sucessiva. Os dois partícipes responderão pelo crime praticado por 'B'.

Como bem salienta Hungria, a participação somente é punível se houver efetivamente contribuído para o crime, i.e., deve haver relevância penal. Caso contrário, ocorre a hipótese de ***alias facturus*** (*Código Penal Comentado. Vol. I, Tomo II*, p. 338).

Exemplo ('alias facturus'): 'A' **induz** 'B' a matar 'C'. Após o induzimento, e devidamente decidido, 'B' encontra-se com 'D', oportunidade em que, sem saber da conduta anterior de 'A', tenta induzi-lo a matar 'C'. Como 'B' já estava decidido, a conduta de 'D' foi absolutamente inócua, de sorte que não responderá pelo crime.

5.9. Participação negativa (conivência)

A pessoa não tem dever jurídico de agir para evitar o resultado, e, assim, mesmo que possa, não está obrigada a agir. Ex.: 'A' percebe um ladrão entrar na casa de 'B', que está de viagem ao exterior, e não avisa a polícia. 'A' é conivente e não responderá pelo delito. Esta situação também é conhecida como *concurso absolutamente negativo* ou *crimen silenti*.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MPE-GO - 2019 – Promotor de Justiça) A respeito da disciplina do concurso de agentes no Código Penal, foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No chamado concurso absolutamente negativo, o agente não tem o dever legal de evitar o resultado, tampouco adere à vontade criminosa do autor, motivo pelo qual não é punida a conivência".

(FUNDEP – 2017 – MP-MG – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Sobre o concurso de pessoas, (...) o Código Penal: acolheu em relação aos concorrentes, mesmo por omissão, a teoria monista, sujeitando-os às sanções penais, inclusive no caso do concurso absolutamente negativo".

(CESPE – 2015 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O CP tipifica como crime a conivência, que ocorre quando o agente, mesmo que não tenha o dever de evitar o resultado, não intervém para fazer cessar a prática de infração penal de que tomou conhecimento".

5.10. Participação em ação alheia

O agente concorre para o crime de outrem sem ter convergência de vontade. Não há concurso de pessoas ante a ausência de um dos seus requisitos, qual seja, o liame subjetivo. Ex.: o funcionário público que concorre culposamente para a prática de um peculato-furto praticado por outro funcionário responderá por peculato culposo (art. 312, § 2º), ao passo que o outro responderá por peculato-furto (art. 312, § 1º).

6. COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA

> **Art. 29, § 2º.** Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

O art. 29, § 2º cuida da hipótese em que um dos agentes quis participar de crime menos grave, mas acabou concorrendo para um crime mais grave. Como consequência, responderá pelo crime menos grave. Entretanto, mesmo respondendo pelo crime menos grave, a lei distingue duas situações, a saber:

a) ***Hipótese de não ter sido previsível o resultado mais grave***: o concorrente responderá pelo crime menos grave, ou seja, pelo crime do qual quis participar.

Exemplo: 'A' induz 'B' a praticar um furto na casa de sua vizinha 'C', que se encontra em viagem há mais de um ano. 'B', achando fácil e quase sem risco a prática do crime, resolve cometê-lo. No entanto, ao entrar na residência, se depara com a vítima, que inesperadamente acabara de retornar de viagem. 'B' resolve subtrair uma TV da mesma forma, mas é preciso utilizar violência para conseguir a subtração. Nesse caso, 'A' responderá apenas pelo crime menos grave (furto), pois não era previsível o resultado mais grave (roubo). Isto porque 'A' sequer tinha conhecimento que a vítima iria retornar da viagem.

b) ***Hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave***: o agente continuará respondendo pelo crime menos grave, mas com a pena elevada até metade.

Exemplo: no caso acima, se 'A' desconfiasse que a vítima estivesse prestes a retornar de viagem, pode-se dizer que o crime mais grave era previsível. Nessa hipótese, 'A' continuará respondendo pelo crime menos grave (furto), mas com o *aumento de pena*. A pena do crime menos grave, mesmo com o aumento, não pode ser superior àquela que seria aplicada ao crime mais grave.

Obs.: se o ***crime mais grave era previsto e aceito como possível***, o concorrente por ele responderá, uma vez que haverá dolo eventual.

O instituto da cooperação dolosamente distinta também é conhecido como ***desvio subjetivo de conduta***.

- **Desvio subjetivo quantitativo:** ao desviar do plano original, o agente ofende de forma mais grave o mesmo bem jurídico, ou bem jurídico de natureza semelhante. Ex.: o crime ajustado era furto, mas um dos agentes acabou praticando um roubo.
- **Desvio subjetivo qualitativo:** ao desviar do plano original, o agente ofende bem jurídico totalmente distinto. Ex.: o crime ajustado era furto, mas um dos agentes acabou praticando um estupro.

Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(MP-SP – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Na denominada cooperação dolosamente distinta, se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até a metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave".

(IBFC – 2018 – TRF2 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Na chamada cooperação dolosamente distinta, um dos concorrentes apenas atua querendo praticar um fato menos grave do que aquele que efetivamente acaba sendo levado a efeito pelos demais concorrentes, razão pela qual apenas responderá pelo fato menos grave".

(FUNDEP – 2017 – MP-MG – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Sobre o concurso de pessoas, é CORRETO afirmar que o Código Penal: incorporou solução reclamada pela doutrina para o desvio subjetivo, que se aplica tanto a coautores, como a partícipes".

(TRF2 – 2017 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Se 'A' determina que 'B' aplique uma surra em 'C', e este, ao executar a ação, excede-se, causando a morte de 'C', o Código Penal Brasileiro determina que ambos respondam por homicídio, em decorrência da adoção do sistema monista no concurso de pessoas".

(FCC – 2017 – Polícia Civil-AP) Mário e Mauro combinam a prática de um crime de furto a uma residência. Contudo, sem que Mário saiba, Mauro arma-se de um revólver devidamente municiado. Ambos, então, ingressam na residência escolhida para subtrair os bens ali existentes. Enquanto Mário separava os objetos para subtração, Mauro é surpreendido com a presença de um dos moradores que, ao reagir a ação criminosa, acaba sendo morto por Mauro. Nesta hipótese:

a) Mário e Mauro responderão pela prática de latrocínio.

b) Mário e Mauro responderão pela prática de furto.

c) Mário responderá pela prática de furto simples e Mauro responderá pela prática de furto qualificado.

d) Mário responderá apenas pelo furto e Mauro responderá pela prática dos crimes de porte ilegal de arma de fogo, furto e homicídio.

e) Mário responderá pela prática de furto e Mauro pelo crime de latrocínio.

Gabarito: E.

(FAURGS – 2016 – TJ-RS – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Reconhecida a intenção do coautor de participar de crime menos grave, o juiz deverá aplicar-lhe a pena em relação ao mesmo crime dos demais acusados, diminuindo-a, todavia, de um sexto até a metade".

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Inexiste previsão legal referente ao desvio subjetivo de conduta".

(FCC – 2015 – TJ-GO – Juiz de Direito) "A recebeu de B a determinação de espancar terceiro. No entanto, ultrapassando os limites da provocação, mata a vítima. No caso, o partícipe responderá: a) por lesão corporal, sem aumento da pena, se podia prever o resultado, ou pelo homicídio, por dolo eventual, se assumiu o risco de produzir o resultado; b) pelo homicídio, por dolo eventual, se assumiu o risco de produzir o resultado, ou por homicídio culposo; c) por lesão corporal, sem aumento da pena, se não podia prever o resultado, ou pelo homicídio, por dolo eventual, se assumiu o risco de produzir o resultado; d) por lesão corporal, sem aumento de pena, se não podia prever o resultado morte, ou por homicídio culposo; e) por lesão corporal, com a pena aumentada, se a consequência letal lhe era imprevisível, ou pelo homicídio, por dolo eventual, se assumiu o risco de produzir o resultado". **Gabarito: C.**

7. COMUNICABILIDADE DE ELEMENTARES E CIRCUNSTÂNCIAS

> **Art. 30.** Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

7.1. Elementares e circunstâncias

Todos os tipos penais são integrados por suas **elementares**. Alguns tipos contam também com as **circunstâncias**.

Elementares (*essentialia delicti*) são dados que *constituem o tipo penal*, ou seja, são os elementos constitutivos do crime. Ex.: art. 155, *caput*: subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

Circunstâncias (acidentais) são dados *acessórios* ao crime, dispensáveis para a configuração da figura penal básica, embora causem influência sobre a quantidade de pena (circunstâncias acessórias – *accidentalia delicti*). Ex.: art. 155, § 1º: no crime de furto a pena é aumentada de 1/3 se o crime é praticado durante o período de repouso noturno.

Questão: além das **elementares** e das **circunstâncias,** existem as **circunstâncias elementares?**

1ª *posição:* não. Isto porque os dados que integram o tipo podem ser chamados de: 1) elementares; 2) circunstâncias (causas de aumento e de diminuição, privilégios e qualificadoras). Para essa corrente, não existe a *circunstância elementar*, pois se um dado é elementar (elemento constitutivo do crime) não pode ser ao mesmo tempo uma circunstância (o que está ao redor dos elementos).

2ª *posição*: sim. Os dados que integram o tipo podem ser chamados de: 1) elementares; 2) circunstâncias; 3) circunstâncias elementares (circunstâncias com pena própria. Ex.: as qualificadoras, como as do art. 121, § 2º; art. 155, § 4º). Como as qualificadoras possuem pena própria, elas são consideras como sendo um *tipo qualificado*, de sorte que possuem seus elementos (elementares do tipo qualificado).

7.2. Natureza das elementares e circunstâncias

As circunstâncias ou elementares podem ter:

a) ***Caráter não pessoal (objetivas):*** são as que se relacionam com aspectos objetivos do crime (relacionam-se com o **fato** e não com o agente), como os meios (emprego de fogo, veneno ou explosivo) e modos (emboscada, traição, dissimulação, surpresa) de execução, tempo, ocasião e lugar, bem como com as qualidades da vítima (mulher grávida, criança, idoso, enfermo).

b) ***Caráter pessoal (subjetivas):*** são dados referentes ao **agente** e não ao fato, como os motivos do crime (motivo fútil, motivo de relevante valor moral), qualidades específicas do autor (seus antecedentes, sua conduta social, sua personalidade) e relações pessoais que possua com a vítima (cônjuge, ascendente, descendente, irmão).

7.3. Da (in)comunicabilidade das elementares e circunstâncias

Do art. 30 do Código Penal extrai-se que:

- ***Elementares:*** sempre comunicáveis, tanto as objetivas como as de caráter pessoal, desde que sejam do conhecimento do outro agente.
- ***Circunstâncias objetivas:*** sempre comunicáveis, desde que sejam do conhecimento do outro agente.
- ***Circunstâncias subjetivas:*** são incomunicáveis, salvo quando elementares do crime e de conhecimento do outro agente.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDEP – 2019 – DPE-MG – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A regra da incomunicabilidade das circunstâncias (art. 30 do Código Penal), promove a extensão da culpabilidade com base em ficção legal de qualidades pessoais".

(IESES – 2017 – TJ-RO – Titular de Serviços de Notas e de Registros) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, ainda que elementares do crime".

(FGV – 2015 – TCE-RJ – Auditor) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, mesmo quando elementares do crime".

Exemplo de incomunicabilidade: o homicídio privilegiado não é comunicável ao outro agente que não agiu diante de uma de suas hipóteses.

Exemplo de comunicabilidade: o partícipe (particular) pode responder por crime funcional impróprio (ex.: peculato-furto), desde que tenha conhecimento da elementar 'funcionário público' (elemento normativo, mas de caráter pessoal). Caso não seja do seu conhecimento, responderá pelo delito de furto.

No entanto, se o particular ajudar o funcionário público a praticar um fato que configura crime funcional próprio (ex.: prevaricação), sem conhecer a condição funcional do autor, cometerá fato atípico.

DIVERGÊNCIA

Comunica-se ao mandante do crime de homicídio a qualificadora do art. 121, § 2º, I (mediante paga ou promessa de recompensa)? Posições:

1ª) Não se comunica, pois a qualificadora (tipo qualificado) não é uma elementar, mas sim uma circunstância, de sorte que não se comunica se de natureza subjetiva, como é o caso. Nesse sentido: Fragoso, Bitencourt, Greco, Masson. Assim decidiu o STJ: "(...) IV - Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no caput) são elementares (essentialia delicti); aqueles que integram o acréscimo, estruturando o tipo derivado (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias (accidentalia delicti). V - No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal e, portanto, ex vi art. 30 do C.P., incomunicável. Recurso especial parcialmente provido para restabelecer a qualificadora de motivo fútil na decisão de pronúncia" (5ª T., REsp 1415502, j. 15/12/2016); "(...) a colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.415.502/MG (Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 17/2/2017), firmou compreensão no sentido de que o motivo torpe (por exemplo, a qualificadora da paga ou promessa de recompensa) não é elementar do crime de homicídio e, em consequência, possuindo caráter pessoal, não se comunica sequer aos mandantes" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1473963, j. 27/08/2019).

2ª) Comunica-se, pois as circunstâncias de natureza subjetiva se comunicam quando se tratarem de circunstâncias elementares (elementar do tipo qualificado), como é o caso das qualificadoras. É o posicionamento de Hungria, Mirabete, STF (1ª T., HC 69940, j. em 09/03/1993), STJ (6ª T., AgRg no REsp 912.491, j. 09/11/2010; 5ª T., HC 133.324, j. 05/10/2010; 6ª T., HC 99.144, j. 04/11/2008; 6ª T., HC 78.643, j. 21/10/2008). A propósito: "Nos termos da jurisprudência desta Corte, no homicídio mercenário, a qualificadora da paga ou promessa de recompensa é elementar do tipo qualificado e se estende ao mandante e ao executor" (STJ, 5ª T., REsp 1262706, j. 22/11/2016). Ainda: STJ, 6ª T., HC 447390, j. 23/04/2019.

8. CASOS DE IMPUNIBILIDADE

Art. 31. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

8.1. Não execução do crime

O ajuste (acordo celebrado para cometer o delito), a determinação (agir sobre a vontade do autor, fazendo nascer o propósito delituoso), a instigação

(agir sobre a vontade do autor, estimulando a ideia criminosa já existente) e o auxílio (contribuição por meio de um comportamento positivo ou negativo, tanto na preparação quanto na execução do delito) são impuníveis se o fato principal não alcança a fase executória. É denominado por parte da doutrina de **princípio da exterioridade**.

Se o autor não iniciar a execução do crime, o fato será atípico tanto para este como para o partícipe. Entretanto, em alguns casos, o ajuste pode ser punido, como no crime de associação criminosa (CP, art. 288).

Na hipótese de o partícipe se arrepender, para que não seja punido, deverá evitar que o autor inicie a execução do delito.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MS – 2018 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Caso ocorra o arrependimento do partícipe que tenha instigado o agente à prática da infração, o partícipe somente não será responsabilizado se impedir que o agente realize a conduta criminosa."

(FUNIVERSA – 2015 – PC-DF – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No que diz respeito às fases do iter criminis, o auxílio à prática de crime, salvo determinação expressa em contrário, não é punível se o crime não chegar a ser, ao menos, tentado".

8.2. Desistência voluntária ou arrependimento eficaz do autor

Situação interessante surge em havendo desistência voluntária ou arrependimento eficaz do autor e a consequência jurídica em relação ao partícipe. Vejamos o problema com a seguinte questão: 'A' induz 'B' a matar 'C'. Iniciada a execução do crime, 'B' desiste voluntariamente de prosseguir, evitando a morte, mas causando lesão corporal leve em 'C'. Pergunta-se: 'A' será beneficiado pela desistência voluntária de 'B'? Resposta: depende do posicionamento sobre a natureza jurídica da desistência voluntária.

- Caso se entenda que a desistência voluntária é uma *causa de afastamento da tipicidade* do crime inicialmente tentado, o partícipe 'A' será beneficiado pela desistência voluntária. Isto porque, segundo a *teoria da acessoriedade limitada*, o partícipe, que pratica uma *conduta acessória* (induz, instiga, auxilia), somente será punido se o autor praticar uma *conduta principal*, que deve ser típica e ilícita. No caso de afastamento da tipicidade da conduta do autor (pelo crime inicialmente tentado), o partícipe também não responderá pela tentativa, mas sim pelos atos anteriormente praticados pelo autor.
- Caso se entenda que a desistência voluntária é uma *causa de isenção de pena* (do crime inicialmente tentado) e não de afastamento da tipicidade, pode-se dizer que o autor praticou um fato típico e ilícito (tentativa de homicídio), mas que, em virtude da regra do art. 15 do CP, não se aplicará a pena de tentativa de homicídio, mas somente aquela relativa aos atos já

praticados. Nessa hipótese, podemos ter duas respostas. Uma, no sentido de que o partícipe não será beneficiado pela regra do art. 15 do CP, uma vez que praticou uma conduta acessória (induzir) e houve início da conduta principal, que é típica e ilícita. Desse modo, o partícipe responderá por tentativa de homicídio. Outra, no sentido de que, por questões de política criminal, estende-se ao participe o benefício da desistência.

9. QUESTÕES COMPLEMENTARES

9.1. Concurso de pessoas em crime omissivo próprio (puro)

a) Coautoria:

1ª orientação (Damásio, Luiz Flávio Gomes, Nilo Batista): não é cabível a coautoria, pois se as pessoas tiverem o dever de agir cometerão isoladamente o crime, i.e., cada uma será autor de seu crime. Nos crimes omissivos a conduta omissiva não é fracionável, de modo que é inadmissível divisão de tarefas. *Exemplo:* cinco pessoas deixam de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à pessoa ferida. Teremos cinco crimes de omissão de socorro (CP, art. 135) e não um único crime em concurso de pessoas.

2ª orientação (Rogério Greco, Bitencourt): é cabível a coautoria, desde que as pessoas que tenham o dever de agir, de comum acordo, deixem de praticar a conduta devida.

b) Participação: é possível a participação moral (determinação e instigação).

Exemplo: 'A' instiga 'B' a não cumprir sua obrigação alimentar. O partícipe responderá pelo delito descrito no art. 244.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2007 – TCM-GO – Ministério Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "É possível a participação em crime omissivo puro, ocorrendo o concurso de agentes por instigação ou determinação".

9.2. Concurso de pessoas em crime omissivo impróprio

a) Coautoria em crime omissivo impróprio: prevalece na doutrina o entendimento de não ser cabível a coautoria em crime omissivo impróprio, pois se os agentes tiverem o dever de agir cometerão isoladamente o crime, ou seja, cada um será autor de seu crime.

Exemplo: pai e mãe que voluntariamente deixam o filho morrer por falta de alimentação. Os dois possuem o dever de agir específico (art. 13, § 2º, *a*, do CP). Cada um será autor direto de seu próprio crime, de sorte que não há de se falar em concurso de agentes.

Obs.: em sentido diverso, Flávio Augusto Monteiro de Barros sustenta que nessa hipótese ocorre coautoria (*Direito Penal. Parte Geral*, p. 429).

b) ***Participação 'mediante ação' em crime omissivo impróprio:*** é possível a participação moral (determinação e instigação) em crime omissivo impróprio.

Exemplo: o agente induz a mãe a matar o próprio filho por inanição.

c) ***Participação 'mediante omissão' em crime omissivo impróprio:*** segundo Damásio (vol. 1, p. 436), não é possível a participação por omissão em crime omissivo impróprio. Trata-se de hipótese de autoria. Cada um pratica seu próprio crime. Cita o exemplo do policial que presencia a mãe matar o próprio filho por omissão, aderindo ao crime desta. A mãe é autora direta, por omissão, da mesma forma que o policial. Ambos violaram dever específico de agir (CP, art. 13, § 2º, *a*).

Obs.: Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina sustentam que, no caso, se trata de participação mediante omissão por parte do policial, pois este não tem o "condomínio do fato" (*Direito Penal. Parte Geral. V.2*, p. 377).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O crime omissivo admite a participação por meio de comissão".

9.3. Concurso de pessoas em crime culposo

a) Coautoria:

1º *posicionamento (majoritário)*: é possível a coautoria. Tratando-se de culpa, não se cogita da cooperação no resultado, mas sim na conduta (falta do dever de cuidado). Os que não observam o cuidado objetivo necessário são coautores. Existe um liame subjetivo entre os coautores no momento da prática da conduta, independentemente do resultado não ser desejado. Nesse sentido: "A doutrina majoritária admite a coautoria em crime culposo. Para tanto, devem ser preenchidos os requisitos do concurso de agentes: a) pluralidade de agentes, b) relevância causal das várias condutas, c) liame subjetivo entre os agentes e d) identidade de infração penal" (STJ, 5ª T., HC 235.827, j. 03/09/2013). Idem: STJ: HC 40474, j. 06/12/2005.

Exemplo: passageiro que instiga condutor a dirigir em excesso de velocidade, provocando acidente e atropelamento de terceiro. Os dois são coautores, pois voluntariamente descumpriram o dever objetivo de cuidado.

2º *posicionamento*: não é possível. Como a coautoria exige um elemento subjetivo, não se pode admiti-la nos crimes culposos, pois o resultado não é voluntário.

b) Participação:

1º *posicionamento (majoritário)*: não é possível, pois todos aqueles que não observam o devido cuidado necessário serão coautores e não partícipes. Como visto, o passageiro que instiga o motorista a exceder a velocidade será coautor em caso de resultado danoso.

2º posicionamento: aceita a participação na modalidade de instigação.

Em resumo, prevalece o entendimento que, em se tratando de crime culposo, não há de se falar em participação, mas sim em coautoria (cooperação na conduta).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz de Direito) Em matéria de concurso de pessoas, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Inadmissível nos crimes próprios, embora possível nos delitos culposos".

(MP-MS – 2015 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "É possível a participação nos tipos culposos, quando presente o liame subjetivo na cooperação consciente de alguém na conduta culposa de outrem".

(MP-SP – 2015 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A doutrina e a jurisprudência não aceitam o concurso de agentes em crime culposo, pois, nesse caso, não há possibilidade de vínculo psicológico entre duas pessoas na prática da conduta".

9.4. Autoria colateral em crimes culposos

Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina sustentam que não é possível concurso de pessoas em crime culposo, pois a conduta culposa é personalíssima. Ocorre, na verdade, autoria colateral em crimes culposos paralelos, recíprocos ou sucessivos (*Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol. 2*, p. 370-371). A propósito, foi explicado que na autoria colateral não há concurso de pessoas ante a ausência do vínculo subjetivo. Os autores citam os seguintes exemplos:

- *Crimes culposos paralelos:* 'A' e 'B', pedreiros, deixam um viga de concreto cair do alto da construção e matam um pedestre. Cada um cometeu um homicídio culposo.
- *Cimes culposos recíprocos:* 'A' e 'B', cada um dirigindo seu veículo imprudentemente, se envolvem em acidente e causam lesões corporais recíprocas. Cada um responde pelo seu crime.

Segundo os autores pode ocorrer ainda autoria colateral incerta nos crimes culposos. *Ex.:* duas pessoas estão imprudentemente rolando pedras do alto de uma colina. Uma das pedras mata um pedestre e não se descobre de quem partiu a pedra. Nenhum dos dois responderá por homicídio culposo (*in dubio pro reo*).

9.5. Concurso de pessoas em crimes próprios e de mão própria

Crimes próprios são aqueles em que se exige uma qualidade especial do sujeito ativo. Em razão da regra do art. 30 do CP, **é possível a coautoria e a participação nos crimes próprios**, mas quem não possui essa qualidade especial deve ter consciência da qualidade especial do autor.

Exemplo: para responder por peculato-furto (art. 312, § 1º), o agente (partícipe, por exemplo) deve saber que o autor é funcionário público. Caso não saiba dessa qualidade, o concorrente não responderá por peculato, mas sim por furto (art. 155).

Nos crimes de mão própria, o tipo penal exige que a conduta somente possa ser cometida pessoalmente pelo autor e de forma direta. Desse modo, é possível que outra pessoa contribua como partícipe.

▸ **Importante**

- Advogado, ou qualquer outra pessoa, que induz ou instiga a testemunha a cometer falso testemunho (que é um crime de mão própria), responde pelo crime de falso testemunho, uma vez que ocorre concurso de pessoas (CP, art. 29). Nesse caso, segundo predomina na doutrina e no STJ (6ª T., HC 47.125, j. 02/05/2006), o **advogado é partícipe**. Nesse sentido: "A Corte local assentou que 'os Tribunais Superiores têm entendimento pacificado no sentido de que advogado pode ser partícipe em crime de falso testemunho'. De fato, é 'perfeitamente admissível, na modalidade de participação, o concurso de agentes. Nada impede, tecnicamente, que uma pessoa induza, instigue ou auxilie outra a mentir em juízo ou na polícia'" (STJ, 5ª T., RHC 106395, j. 26/03/2019).
- Entretanto, já decidiu o STF (2ª T., RHC 74395, j. 10/12/1996) que o **advogado é coautor.** Mas, na decisão, pode-se observar que o caso julgado se refere ao advogado que *instigou* ou *induziu* a testemunha a cometer o falso testemunho, de sorte que não se trata de coautoria, mas sim de participação.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FGV – 2018 – AL-RO – Advogado) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "De acordo com a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores, é correto afirmar que os crimes classificados como próprios não admitem responsabilização de eventual partícipe que não possua a qualidade exigida pelo tipo penal, ainda que um dos agentes preencha o requisito legal".

(MP-BA – 2015 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Nos crimes de mão própria é possível a participação, no tocante ao concurso de agentes".

(CESPE – 2007 – MP-TCM – Procurador) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No crime de falso testemunho, por se tratar de crime de atuação pessoal ou de mão própria, ou seja, por somente poder ser praticado pelo autor em pessoa, de acordo com o entendimento do STJ, não é possível o concurso de pessoas".

(CESPE – 2004 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Consoante entendimento do STJ, o advogado que induz alguém a prestar falso testemunho é partícipe do crime de falso testemunho".

9.6. Agravantes no caso de concurso de pessoas

Nos termos do **art. 62 do CP,** a pena será ainda agravada em relação ao agente que: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage ou induz outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Obs.: tecnicamente não há concurso de pessoas nas hipóteses de autoria mediata (casos dos incisos II e III, acima).

Essas circunstâncias serão analisadas no tópico 'agravantes'.

9.7. Concurso de pessoas e infanticídio

Existe divergência sobre a matéria. Orientações:

1ª) É possível, considerando que os dados pessoais (qualidade de mãe e estado puerperal) são elementares do crime, de sorte que se comunicam ao coautor ou partícipe, desde que seja de seu conhecimento (CP, art. 30). **Trata-se da posição dominante**. O STJ possui decisão nesse sentido (AG 482180, DJ 20/11/2003);

2ª) Não é possível, tendo em vista que o estado puerperal não é circunstância pessoal, mas sim *personalíssima*, de sorte que não se aplica o art. 30 do CP. Assim, o partícipe ou o coautor responde por homicídio. Era a posição sustentada por Nélson Hungria, mas que posteriormente ele próprio a abandonou;

3ª) O agente responde por infanticídio se for partícipe. Mas se praticar ato executório responde por homicídio.

Parte V

SANÇÃO PENAL

Capítulo I ▸ **Introdução**

Capítulo II ▸ **Penas privativas de liberdade**

Capítulo III ▸ **Aplicação das penas privativas de liberdade**

Capítulo IV ▸ **Penas restritivas de direitos**

Capítulo V ▸ **Pena de multa**

Capítulo VI ▸ **Concurso de crimes**

Capítulo VII ▸ **Suspensão condicional da pena**

Capítulo VIII ▸ **Livramento condicional**

Capítulo IX ▸ **Efeitos da condenação**

Capítulo X ▸ **Reabilitação**

Capítulo XI ▸ **Medidas de segurança**

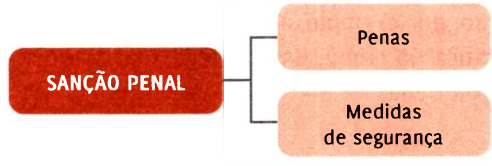
Capítulo 1

Introdução

1. CONCEITO

Segundo o princípio *nulla poena sine crimine*, a pena é uma **consequência jurídica** da infração penal (crime ou contravenção penal). Desse modo, praticado um fato típico e ilícito, e havendo a culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), surge a possibilidade de aplicação da pena.

A pena é a espécie de sanção penal consistente na privação de determinados bens jurídicos, cujo pressuposto é a culpabilidade do agente. Entretanto, não se deve confundir pena com sanção penal. Isso porque a ***pena* é uma das espécies de sanção penal**. A outra é a *medida de segurança* aplicada aos inimputáveis e aos semi-imputáveis.



Saliente-se que a pena tem como pressuposto a *culpabilidade*, ao passo que a medida de segurança possui como pressuposto a *periculosidade* (comprovada pela prática de um crime). A imposição da medida de segurança, segundo concepção dominante no Direito comparado, não se trata de uma forma de reação ao crime cometido, mas para evitar outros no futuro.

Em resumo, as **penas** e as **medidas de segurança** são as duas espécies de **sanção penal**.

TERCEIRA VIA DO DIREITO PENAL

- Segundo Roxin, se discute vivamente a questão se a **reparação do dano** pode dar lugar a uma "terceira via" do Direito Penal (ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Civitas, 1997, p. 108). Para o autor, a reparação voluntária deve ser realizada antes da instauração da ação penal e tem como consequência a diminuição da pena, a suspensão condicional e, salvo para os delitos graves, até a dispensa da pena.
- Um dos objetivos do Juizado Especial Criminal é a "reparação dos danos sofridos pela vítima" (art. 62 da Lei 9.099/95).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MG – 2013 – 53º Concurso – Promotor de Justiça) *Questão discursiva*: "No tocante ao poder punitivo estatal, o que se entende por Terceira Via do Direito Penal?"

2. FINALIDADES DA PENA

Existe uma relação dinâmica entre o Estado e a visão dos fins da pena, de sorte que as teorias que justificam a pena encontram sua motivação em conformidade com a estrutura política do Estado. Apesar da histórica discussão acerca dos fins da pena, duas teorias se destacam: as **teorias absolutas** (pena como forma de retribuição pelo crime cometido) e as **teorias relativas** (pena como meio para se realizar o fim utilitário da prevenção de crimes). Dessas duas teorias existem outras variantes denominadas **teorias mistas, unitárias ou ecléticas,** mas sempre procurando uma combinação das duas primeiras posições.

2.1. Teorias absolutas (retributivas)

A pena é concebida como uma forma de **retribuição** justa pela prática de um delito. Concebe-se que o mal não deve restar impune, de sorte que o delinquente deve receber um castigo como forma de retribuição do mal causado para que seja realizada a Justiça. Para essa concepção, a pena não possui nenhum fim socialmente útil, como, por exemplo, a prevenção de delitos, mas sim de castigar o criminoso pela prática do crime. Kant e Hegel são os dois grandes expoentes das teses absolutas da pena.

2.2. Teorias relativas (preventivas ou utilitárias)

Para essa concepção, a pena possui a finalidade de **prevenir delitos** como meio de proteção aos bens jurídicos. Assim, ao contrário das teorias absolutas, a finalidade da pena não é a *retribuição*, mas sim a *prevenção*.

A função preventiva bifurca-se em: a) prevenção geral (negativa e positiva); b) prevenção especial (negativa e positiva).

2.2.1. *Prevenção geral (negativa e positiva)*

A finalidade da pena consiste em **intimidar a sociedade** visando a evitar o surgimento de delinquentes. A atuação da pena é dirigida genericamente à sociedade e não especialmente ao criminoso, razão pela qual essa concepção denomina-se de prevenção geral, que possui duas vertentes:

a) **Prevenção geral negativa:** na concepção de Feuerbach, o Direito Penal pode dar uma solução à criminalidade, sendo a pena uma ameaça legal dirigida aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos. Trata-se de uma *coação psicológica* com a qual se pretende evitar o crime, ou seja,

busca-se a intimidação da sociedade pela ameaça da aplicação da pena aos que vierem a delinquir.

b) **Prevenção geral positiva (integradora ou estabilizadora):** a prevenção geral passou a ser visualizada sob outro aspecto, consistente na afirmação positiva do Direito Penal.

Em sua ***versão eticizante* (Welzel)**, sustenta que a lei penal enfatiza certos valores ético-sociais e a atitude de respeito à vigência da norma (conscientização jurídica da população), promovendo, assim, uma integração social. Como consequência do fortalecimento da consciência jurídica estar-se-ia protegendo bens jurídicos relevantes.

Em uma ***versão sistêmica* (Jakobs)**, a pena seria uma forma de reforçar simbolicamente a confiança da população na vigência da norma (imprescindível para a existência da sociedade). O crime é visto como um desequilíbrio ao sistema social, que deve ser reequilibrado com a aplicação da pena justa, ou seja, a pena seria uma forma de estabilização do sistema. Observa-se que essa concepção sistêmica possui laços estreitos com a teoria retribucionista de Hegel.

2.2.2. *Prevenção Especial (positiva e negativa)*

Enquanto a prevenção geral visa à prevenção de crimes pela intimidação da sociedade, a prevenção especial **dirige-se ao criminoso** em particular, visando, assim, a ressocializá-lo e reeducá-lo. A pena, nesse enfoque, tem a finalidade de impedir que o delinquente volte a cometer crimes. A *prevenção especial* também possui duas vertentes. Vejamos:

a) **Prevenção especial positiva:** a importância da pena está na ressocialização do condenado.

b) **Prevenção especial negativa:** visa à carcerização ou inocuização do condenado quando outros meios menos lesivos não se mostrarem eficazes para sua ressocialização.

2.3. Teorias unificadoras, unitárias, ecléticas ou mistas

Na tentativa de conciliar as teorias absolutas com as teorias relativas, surgem as teorias unificadoras. É a teoria adotada pelo Código Penal, como pode se constatar pela parte final do **art. 59**:

> *O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário o suficiente para* ***reprovação*** *e* ***prevenção*** *do crime: (...)*

Uma das formas de conciliação se apresenta de acordo com a etapa da pena. Na etapa da cominação legal abstrata **(momento legislativo)** prevalece a finalidade de prevenção geral; na etapa da aplicação da pena **(momento**

judicial), enfatiza-se a finalidade de uma decisão justa da retribuição; na etapa da execução da pena **(momento administrativo)**, o enfoque recai sobre a prevenção especial em seu aspecto ressocializador. Nesse sentido: STF, HC 70362.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A finalidade da pena, conforme o funcionalismo sistêmico do Jakobs, é a prevenção geral implementada pela sensação de segurança decorrente da regular aplicação e execução das penas, e do índice de ressocialização dos condenados".

(FUNDEP – 2019 – DPE-MG – Defensor Público) Analise as afirmativas a seguir sobre penologia e assinale com V as verdadeiras e com F as falsas. ( ) A característica essencial da Teoria Relativa da Pena consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado por meio do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado. ( ) Para a Teoria Absoluta da Pena, a pena se justifica não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática. Vale dizer, aqui a pena se impõe para que não volte a delinquir e não pelo simples fato de ter delinquido. ( ) A prevenção geral negativa ou intimidatória assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros por meio da ameaça de pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz; a prevenção geral positiva assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem. ( ) De acordo com a classificação sugerida por Ferrajoli, as teorias da prevenção especial podem ser formalmente divididas em teorias da prevenção especial positiva, dirigidas à reeducação do delinquente, e teorias da prevenção especial negativa, voltadas à eliminação ou neutralização do delinquente perigoso. ( ) A prevenção geral positiva, na concepção de Feuerbach, traduz a ideia de que a pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos, quer dizer, é uma "coação psicológica" com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo. Assinale a sequência correta. a) V V F F F; b) F F V V V; c) V V F F V; d) F F V V F; **Gabarito: D.**

(Inst. Acesso – 2019 – PC-ES – Delegado de Polícia) A ideia de punição é assunto base para a construção de um sistema penal democrático. Não é à toa que, no decorrer da história, pesquisadores, juristas, doutrinadores, bem como a jurisprudência, trataram das tentativas de justificação dos fins que se pretende alcançar com a aplicação das penas em âmbito do Direto Penal. Em observância ao Código Penal de 1940, marque a afirmativa correta em relação aos fins atribuídos à pena, no caso brasileiro. a) De acordo com a ideia de prevenção geral que foi construída em reação ao caso brasileiro, tal justificativa é a adotada para aplicação da pena no Brasil. b) De acordo com o desenvolvimento de bases estatísticas para o direito penal, chegamos ao entendimento de aplicação da teoria utilitarista unificada, que incorpora o modelo da civil law e common law. c) O Código Penal de 1940, em junção com a jurisprudência, adotou como única justificação a retribuição, tendo a pena como fim em si mesma. d) O Código Penal de 1940 adotou a teoria mista, unificada ou eclética, que reflete na unificação das ideias de retribuição e prevenção como finalidade para aplicação das penas. e) De acordo com a legislação penal, a ressocialização do preso mediante o cumprimento da pena é o único fim determinado legalmente para a pena. **Gabarito: D.**

(VUNESP – 2018 – PC-BA – Delegado de Polícia) "A respeito da Teoria das Penas, assinale a alternativa correta. a) A finalidade da pena, na teoria relativa, é prevenir o crime. Na vertente preventiva-geral, o criminoso é punido a fim de impedir que ele volte a praticar novos crimes. b) A finalidade da pena, na teoria relativa, é prevenir o crime.

Na vertente preventiva especial, de acentuado caráter intimatório, o criminoso é punido para servir de exemplo aos demais cidadãos. c) A finalidade da pena, na teoria absoluta, é castigar o criminoso, pelo mal praticado. O mérito dessa teoria foi introduzir, no Direito Penal, o princípio da proporcionalidade de pena ao delito praticado. d) A finalidade da pena, para a teoria eclética, é ressocializar o criminoso. O mérito dessa teoria foi humanizar as penas impostas, impedindo as cruéis e humilhantes. e) O ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria absoluta, tendo a pena apenas o fim de ressocializar o criminoso.

Gabarito: C.

(MP-GO – 2005 – Promotor de Justiça) "Entre as principais teorias relativas ou preventivas ou utilitárias sobre a pena, a teoria da prevenção especial positiva sustenta que a pena tem por finalidade: a) reforçar a norma violada assim como a autoridade do Direito; b) intimidar todos os potenciais delinquentes; c) reintegrar o condenado no meio social; d) eliminar o condenado do convívio social".

Gabarito: C.

3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

3.1. Princípio da legalidade estrita ou da reserva legal

Vem insculpido no art. 5º, XXXIX, da CF/88, e no art. 1º do CP: *"não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal" (nullum crimen, nulla poena sine lege).*

3.2. Princípio da anterioridade da lei

Do postulado básico do princípio da legalidade decorre o princípio da anterioridade: *"não há crime sem lei* ***anterior*** *que o defina, nem pena sem* ***prévia*** *cominação legal" (nullum crimen, nulla poena sine lege praevia).* Isto quer dizer que não pode haver punição de fatos praticados antes da vigência da lei penal.

3.3. Princípio da aplicação da lei mais favorável

Em regra, os fatos praticados na vigência de uma lei devem ser por ela regidos (*tempus regit actus*). Como exceção à regra, é prevista a extra-atividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL, e CP, art. 2º), possibilitando a sua retroatividade (aplicação da lei penal a fato ocorrido antes de sua vigência) ou a ultra-atividade (aplicação da lei após a sua revogação), desde que ainda não esgotadas as consequências jurídicas do fato.

3.4. Princípio da individualização da pena

A lei regulará a individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI, 1ª parte, da CF e art. 59 do CP). Três são os momentos:

a) **Cominação legal (pena abstrata).** Nesse momento o legislador estabelece a pena mínima e máxima dentro dos critérios de necessidade e adequação.

b) **Aplicação judicial (pena concreta).** Nessa etapa compete ao magistrado a fixação da pena de acordo com as circunstâncias referentes ao fato, ao agente e à vítima.

c) **Execução penal.** Tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (LEP, art. 1º).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2016 – TCE-PR – Auditor) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Do princípio da individualização da pena decorre a exigência de que a dosimetria obedeça ao perfil do sentenciado, não havendo correlação do referido princípio com a atividade legislativa incriminadora, isto é, com a feitura de normas penais incriminadoras".

3.5. Princípio da humanidade

Nenhuma pena pode atentar contra a dignidade da pessoa humana, de sorte que é vedada a aplicação de penas cruéis e infamantes ou mesmo uma pena de caráter perpétuo. A pena deve ser cumprida de forma a efetivamente ressocializar o condenado. Isso significa que se ela criasse um impedimento físico permanente ao agente (como a morte ou a amputação de membro) ou um efeito jurídico inapagável a ele (como a obrigatoriedade de constar, do seu documento de identificação, os dados sobre sua condenação), haveria flagrante inconstitucionalidade.

Fundamentos constitucionais: art. 1º, III, CF (princípio da dignidade da pessoa humana); art. 5º, III, CF ("ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante"); art. 5º, XLVII, CF ("não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis"); art. 5º, XLIX, CF ("é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral").

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2018 – TJ-CE – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O princípio da humanidade assegura o respeito à integridade física e moral do preso na medida em que motiva a vedação constitucional de pena de morte e de prisão perpétua".

3.6. Princípio da pessoalidade, personalidade ou intranscendência da pena

Nos termos do art. 5º, XLV, da CF, *nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.* Com a morte, a sanção penal se resolve (*mors omnia solvit*). Para a maioria da doutrina, resolve-se inclusive a *pena de multa*. No entanto, os efeitos civis da sentença penal condenatória subsistem, de sorte que os herdeiros respondem até o limite da herança.

3.7. Princípio da suficiência da pena

O juiz estabelecerá a espécie de pena e sua quantidade conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (art. 59, CP).

3.8. Princípio da proporcionalidade da pena

a) ***Subprincípio da necessidade:*** a pena privativa de liberdade deve ser aplicada de forma subsidiária, isto é, quando as outras espécies de penas não se mostrarem suficientes.

b) ***Subprincípio da adequação:*** a pena deve ser adequada (apta) para alcançar os fins (prevenção e retribuição).

c) ***Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito:*** os meios utilizados para consecução dos fins não devem extrapolar os limites do tolerável. Os benefícios a serem alcançados (tutela eficaz do bem jurídico) devem ser maiores que os custos (sacrifício do autor do crime ou da própria sociedade). Deve haver uma relação de proporcionalidade da pena com a gravidade da infração, ou seja, quanto mais grave o delito maior a pena.

3.9. Princípio da necessidade concreta de pena e princípio da irrelevância penal do fato

Para a aplicação da pena o juiz deverá analisar a sua necessidade concreta, ou seja, se é necessário o Estado punir o agente pelo crime praticado.

Como salienta Luiz Flávio Gomes (*Direito Penal. Parte geral. Teoria constitucionalista do delito*, p. 378), em certas hipóteses o próprio legislador reconhece a desnecessidade de aplicação da pena, como, por exemplo, no caso de perdão judicial (art. 121, § 5º, do CP), reparação do dano no peculato culposo, delação premiada. Nesses casos ocorre uma infração penal, ou seja, há ofensa ao bem jurídico (desvalor da conduta e do resultado), o que impede a aplicação do princípio da insignificância (**infração bagatelar própria**), mas, posteriormente, em razão de certas circunstâncias relacionadas ao fato ou ao agente, pode-se verificar a desnecessidade da aplicação da pena.

Por força do disposto no art. 59 do CP, nada obsta essa análise da necessidade em outras hipóteses. Caso se mostre desnecessária a pena, estaremos diante de uma **infração bagatelar imprópria** (princípio da irrelevância penal do fato). O referido autor cita como exemplo o roubo de R$ 1,00 (um real) praticado através de grave ameaça, por uma pessoa sem antecedentes criminais.

Saliente-se que o *princípio da irrelevância penal do fato* diz respeito à teoria da pena, sendo uma causa de exclusão da punição concreta do fato. Possui fundamento na desnecessidade concreta de pena pelo ínfimo desvalor da culpabilidade (haverá o crime, mas não haverá a aplicação da pena). Por outro lado, o *princípio da insignificância* incide na teoria do delito, com a exclusão da tipicidade material pelo ínfimo desvalor da conduta ou do resultado (não haverá o crime).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-GO - 2014 - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Na infração bagatelar imprópria a tipicidade formal e a tipicidade material se fazem presentes, contudo, em momento posterior à prática do fato típico, constata-se que a aplicação concreta da pena se torna desnecessária".

4. CLASSIFICAÇÃO DAS PENAS

a) **penas corporais:** atingem a integridade corporal do criminoso. Podem ser supressivas (pena de morte) ou aflitivas (causam sofrimento. Ex.: tortura, lapidação, açoites, mutilações). Entretanto, segundo art. 5º, XLVII, da CF, *não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.*

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2017 - TRE-BA - Analista Judiciário) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A Convenção Americana sobre Direitos Humanos garante de forma relativa o direito à vida, pois autoriza a utilização da pena de morte em caso de crimes graves, sendo proibido seu restabelecimento nos países que a tiverem abolido".

b) **penas privativas de liberdade:** suprimem a liberdade temporariamente ou de forma perpétua.

c) **penas restritivas de liberdade:** restringem a liberdade sem impor recolhimento à prisão (ex.: confinamento, banimento).

d) **penas privativas e restritivas de direitos:** há exclusão ou limitação de determinados direitos.

e) **penas pecuniárias:** restrições ou absorções patrimoniais, como a multa e o confisco.

Segundo o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal: *a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.*

Nos termos do art. 32 do Código Penal: *As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.*

De acordo com a Lei das Contravenções Penais (DL nº 3.688/41), *as penas principais são: I - prisão simples; II - multa (art. 5º).*

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP - 2015 - TJ-MS - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "As espécies de pena são as privativas de liberdade e restritivas de direito".

Capítulo II

Penas privativas de liberdade

1. ESPÉCIES

As penas de **reclusão** e **detenção** são as duas espécies de penas privativas de liberdade previstas para os **crimes**, ao passo que a **prisão simples** é reservada às **contravenções penais**.

LEI DE INTRODUÇÃO DO CÓDIGO PENAL – DL 3914/41

Art. 1º - Considera-se **crime** a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; **contravenção**, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Não há diferença ontológica entre reclusão e detenção, de sorte que a doutrina critica a postura legislativa de diferenciar as penas privativas de liberdade.

Por outro lado, uma das diferenças entre reclusão e detenção vem disposta no art. 33, *caput*, do CP: "*A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado*". Deflui-se que o juiz nunca poderá aplicar o fechado como regime inicial em condenações à pena de detenção, independentemente da quantidade de pena aplicada. Porém, a pena de detenção pode ser cumprida em regime fechado, mas isso somente ocorrerá no curso da execução penal e se houver necessidade, a ser devidamente motivada pelo juiz. Por sua vez, a pena de prisão simples não pode ser cumprida em regime fechado, nem mesmo em caso de regressão.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(UEG – 2018 – PC-GO – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A pena de prisão simples não pode ser cumprida em regime fechado, mesmo em caso de regressão de regime".

(PUC-PR – 2011 – TJ-RO – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a pena de detenção deve ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, sendo vedado seu cumprimento em regime fechado".

2. REGIMES DE CUMPRIMENTO DA PENA

2.1. Espécies de regime

O Código Penal, no art. 33, § 1º, prevê três espécies de regimes:

a) ***regime fechado*** (§ 1º, *a*): a pena é cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) ***regime semiaberto*** (§ 1º, *b*): pena é cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) ***regime aberto*** (§ 1º, *c*): a pena é cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

- **Regime aberto domiciliar, regime domiciliar** ou **prisão domiciliar:** refere-se ao recolhimento em residência particular, em substituição à casa de albergado, ao beneficiário de regime aberto. As hipóteses legais estão previstas no art. 117 da LEP. Também se admite o cumprimento em "regime domiciliar" se não houver vaga na casa do albergado. A propósito: "(...) II - Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para manter os detentos em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico - estabelecimento adequado ao regime aberto ou prisão domiciliar. III - Nessa mesma orientação, o excelso Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 29/6/2016, aprovou a Súmula Vinculante n. 56 com a seguinte redação: 'A falta de vagas em estabelecimento prisional não autoriza a manutenção do preso em regime mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros do Recurso Extraordinário 641.320'" (STJ, 5ª T., HC 403.312, j. 15/08/2017). Ainda: "1. O art. 117 da Lei de Execução Penal (LEP) prevê a prisão domiciliar apenas aos que cumprem pena em regime aberto, maior de 70 (setenta) anos de idade, não fazendo nenhuma referência a outros regimes prisionais ou idades. 2. Nos termos dos incisos III e IV do art. 5º da Recomendação n. 62, de 17/03/2020, do CNJ, a concessão de prisão domiciliar será avaliada 'em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto', além de 'pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal'. 3. Segundo jurisprudência desta Corte, 'é possível o deferimento de prisão domiciliar ao sentenciado recolhido no regime fechado ou semiaberto sempre que a peculiaridade concreta do caso demonstrar sua imprescindibilidade' (HC 404.006/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017). Contudo, para prisão domiciliar humanitária, concedida aos apenados acometidos de moléstias graves, exige-se a comprovação da debilidade do condenado e a constatação de que o tratamento adequado ao restabelecimento de sua saúde encontra-se comprometido, diante da inexistência de assistência necessária no interior do estabelecimento prisional" (STJ, 6ª T., HC 599388, j. 24/11/2020).
- **Enunciado 26 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, vinculado ao STJ:** "É possível, em situações excepcionais, a aplicação da prisão domiciliar humanitária, prevista no art. 117 da Lei n. 7.210/1984, também aos condenados em cumprimento de regime fechado e semiaberto".

- **Prisão domiciliar (medida cautelar):** "A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial" (art. 317 do CPP). Nos termos do CPP, "Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I – maior de 80 (oitenta) anos; II – extremamente debilitado por motivo de doença grave; III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV – gestante; V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos" (art. 318); e "A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente (art. 318-A).
- **Recolhimento domiciliar (medida cautelar):** é medida cautelar diversa da prisão, consistente no recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos (art. 319, V, do CPP).

Mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou com deficiência. A 2ª Turma do STF decidiu, em 20/02/2018, por maioria de votos, conceder ordem de Habeas Corpus coletivo (HC 143641) para determinar a **substituição da prisão preventiva por domiciliar** de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP.

Colaboração premiada e regime inicial. O Pacote Anticrime (Lei 13.964/19, com vigência a partir de 23/01/2020), deu nova redação ao § 7º do art. 4º da Lei n. 12.850/13, para **vedar acordos sobre regime em desconformidade com as regras do Código Penal**. Vejamos o inciso II do § 7º do artigo 4º da Lei n. 12.850: "Adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo".

2.2. Regime disciplinar diferenciado

2.2.1. *Características*

A Lei n. 10.792/03 alterou a Lei de Execução Penal (LEP) e criou o regime disciplinar diferenciado (RDD). A inclusão do preso (provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro) a este regime constitui hipótese de sanção disciplinar (art. 53, V, da LEP).

Possui as seguintes características (art. 52 da LEP, com redação dada pelo **Pacote Anticrime** (Lei 13.964/19): I – duração máxima de até 2 anos, sem prejuízo

de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; II - recolhimento em cela individual; III - visitas quinzenais, de 2 pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 horas; IV - direito do preso à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; VI - fiscalização do conteúdo da correspondência; VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

2.2.2. *Hipóteses de cabimento*

a) ao preso que pratica *fato previsto como crime doloso* (constitui falta grave) e que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas.

b) aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros: I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave (art. 52, § 1º, com redação dada pela **Lei nº 13.964/19**).

▸ OUTRAS ALTERAÇÕES DO ART. 52 DA LEP

§ 3º - Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal.

§ 4º - Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, existindo indícios de que o preso: I - continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade; II - mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário.

§ 5º - Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais.

§ 6º - A visita de que trata o inciso III do *caput* deste artigo será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário.

§ 7º - Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber a visita de que trata o inciso III do *caput* deste artigo poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (duas) vezes por mês e por 10 (dez) minutos.

2.2.3. Isolamento preventivo

Praticada a falta disciplinar, deverá a autoridade administrativa instaurar, por decisão motivada, o devido procedimento disciplinar. Poderá ser decretado o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias, por decisão da própria autoridade administrativa. Porém, para incluí-lo no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período total. Ex.: o juiz aplicou o regime disciplinar diferenciado com duração de 360 dias, sendo que o preso ficou isolado preventivamente 10 dias antes da decisão. Esses 10 dias serão computados como forma de detração.

2.2.4. Legitimidade do pedido e competência para aplicação

A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa (art. 54, § 1º, da LEP).

Como se trata de sanção disciplinar, o regime disciplinar diferenciado será aplicado "por prévio e fundamentado despacho do juiz competente" (art. 54 da LEP). A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no prazo máximo de quinze dias (art. 54, § 2º, da LEP).

2.2.5. (In)constitucionalidade do RDD

Parte da doutrina sustenta que o RDD é inconstitucional, por ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não submissão a pena cruel, da proibição do tratamento desumano ou degradante.

Argumenta-se que o RDD seria uma manifestação do Direito Penal da periculosidade e do Direito Penal do inimigo, ao punir severamente um indivíduo identificado como perigoso e não pela efetiva e comprovada prática de um fato. Extrai-se da legislação que para a inclusão do preso ("inimigo") no regime disciplinar diferenciado basta **apresentar** alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Ou seja, não praticou nenhum fato, mas apenas se apresentou como perigoso. Seria uma forma de Direito Penal prospectivo, já que identifica um **estado de perigo** e aplica uma medida para prevenir que ocorra um fato ou se estabeleça uma situação.

Entretanto, STF e STJ admitem a aplicação do RDD. Nesse sentido: "É **constitucional** o artigo 52 da Lei nº 7.210/84, com a redação determinada pela Lei nº 10.792/2003" (STJ, 6ª T., HC 44049, j. 12/06/2006).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2018 – Polícia Federal – Delegado de Polícia Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Preso provisório não pode ser submetido ao regime disciplinar diferenciado".

(FCC – 2015 – TJ-AL – Juiz de Direito) "A inclusão do sentenciado no regime disciplinar diferenciado: a) é indevida se corresponder a preso provisório; b) pode ser determinada por ato motivado do diretor do estabelecimento prisional; c) não pode ultrapassar um sexto da pena aplicada; d) pode perdurar até 360 dias, vedada a repetição da sanção, ainda que praticada nova falta grave; e) independe de prévia manifestação da defesa". **Gabarito: C.**

(TJ-GO – 2009 – Juiz de Direito) *Questão discursiva:* "Na execução penal, a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), do art. 52, § § 1º e 2º, da Lei nº 7.210/84, pela Lei nº 10.792/03, é correta a asserção de que resulta de influência do Direito Penal Prospectivo ou Direito Penal do Inimigo? Por quê?"

2.3. Fixação do regime inicial

No momento da sentença condenatória, o juiz, após analisar as circunstâncias judiciais, as circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como as causas de diminuição e de aumento, estabelecerá: as penas aplicáveis dentre as cominadas; a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; o **regime inicial** de cumprimento da pena privativa de liberdade; e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (art. 59 c/c art. 68).

Segundo o art. 33, § 2º, *as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:*

a) O condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) O condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá desde o início, cumpri-la em regime aberto.

O § 3º do referido artigo ainda dispõe que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal (análise das circunstâncias judiciais para fixação da pena necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime).

Desse modo, o regime inicial será fixado em observância aos seguintes critérios: **quantidade e espécie da pena, reincidência e análise das circunstâncias judiciais.**

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2018 – DPE-AM – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A reincidência determina que o regime inicial de cumprimento de pena seja obrigatoriamente o fechado".

(FCC – 2017 – DPE-SC – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A análise judicial das consequências do crime é irrelevante para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, pois é circunstância que já pode aumentar a pena-base".

Devem ser observadas as seguintes regras:

1) *Pena superior a 8 (oito) anos:*

a) O condenado a pena de *reclusão*, *reincidente* ou *não*, e independentemente das circunstâncias judiciais, deverá começar a cumpri-la em regime fechado.

b) O condenado a pena de *detenção*, *reincidente* ou *não*, iniciará no regime semiaberto. A pena de detenção não se iniciará no regime fechado, mesmo se a quantidade da pena for superior a oito anos. Entretanto, no curso da execução é possível a transferência para o regime fechado.

2) *Pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente de 8 (oito) anos:*

a) O condenado a pena de *reclusão* e *não reincidente* poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto. Entretanto, o juiz, em análise das circunstâncias judiciais, poderá fixar o regime fechado, desde que haja motivação idônea. Segundo predomina na jurisprudência, não constitui motivação idônea a mera opinião do juiz sobre a gravidade em abstrato do crime (ex.: não pode o juiz no crime de roubo fixar o regime fechado constando apenas que se trata de um crime grave). Nesse sentido:

> **Súmula 719 do STF:** A imposição do regime de cumprimento mais severo do que pena aplicada permitir exige motivação idônea.
>
> **Súmula 718 do STF:** A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.
>
> **Súmula 440 do STJ:** Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Deflui-se da **Súmula 440 do STJ** que, mesmo sendo fixada a pena-base no mínimo legal, nada impede o estabelecimento de regime prisional mais gravoso se houver fundamentação idônea. Assim a jurisprudência: "(...) 5. Nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento de regime mais severo do que o indicado pelo quantum da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu modus operandi, já que foi praticado por dois agentes, contra duas vítimas, que foram ameaçadas com o uso de arma de fogo, além de, em razão de reação dos agentes, ter ocorrido disparos efetuados por policiais que impediram a consumação do delito, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena. 6. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, § 2º e § 3º, do Estatuto

Repressor Penal, desde que mediante fundamentação idônea" (STJ, 5ª T., HC 411.336, j. 14/11/2017). Ainda: "A despeito de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e da sanção final inferior a 8 anos de reclusão, há fundamento concreto para o regime inicial fechado, tendo em vista a elevada quantidade de droga apreendida - 39,5 kg de maconha. Precedentes do STJ" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 608921, j. 01/12/2020).

b) O condenado a pena de *reclusão* e *reincidente* deverá cumpri-la em regime fechado.

c) O condenado a pena de *detenção*, *reincidente* ou *não reincidente*, deverá cumpri-la em regime semiaberto.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2019 – MP-MT – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

(MP-GO – 2016 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Veda-se o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito, nos termos do entendimento sumulado tanto pelo STJ quanto pelo STF".

(CESPE – 2016 – TJ-DFT – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "À luz da jurisprudência sumulada do STJ: (...) Ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, é admissível a fixação de regime prisional mais gravoso que o cabível, em razão da sanção imposta, com fundamento na gravidade concreta ou abstrata do delito".

3) Pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos:

a) O condenado a pena de *reclusão* ou *detenção* e *não reincidente* poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. Entretanto, conforme enunciado da Súmula 719 do STF, poderá ser fixado regime mais severo, desde que haja motivação idônea.

b) O condenado a pena de *reclusão* e *reincidente* cumprirá em regime fechado. Segundo a jurisprudência, poderá iniciar no semiaberto, dependendo das circunstâncias judiciais. Nesse sentido:

> **Súmula 269 do STJ:** É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

No sentido de **não ser possível regime aberto aos reincidentes**, veja-se: "(...) IV – Os requisitos para a imposição do regime aberto constam no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. V – Na espécie, ainda que a pena tenha permanecido em patamar abaixo de 4 (quatro) anos, o paciente é reincidente, impossibilitando, portanto, a subsunção dos fatos ao disposto pelo

artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal. Contudo, considerando o montante da pena, as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente, bem como o disposto pela Súmula n. 269/STJ, admite-se, na presente hipótese, a aplicação do regime semiaberto" (STJ, 5ª T., HC 404.342, j. 14/09/2017). Ainda: "(...) 2. Na hipótese, apesar de ter sido imposta reprimenda inferior a 4 anos e a pena-base ter sido estabelecida no piso previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, tratando-se de réu reincidente, não há falar em fixação do regime prisional aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do Estatuto Repressor. 3. Este Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 269, segundo a qual 'é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 611033, j. 17/11/2020).

Existe ainda o entendimento, não pacificado, segundo o qual poderá o condenado a pena de *reclusão* e *reincidente* iniciar no regime aberto, desde que a condenação anterior seja unicamente a pena de multa. Isto porque, se a condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do *sursis* (CP, art. 77, § 1º), também, por analogia, não deve impedir a fixação do regime aberto.

c) O condenado a pena de *detenção* e *reincidente* cumprirá em regime semiaberto.

Por fim, cumpre ressaltar que, quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a **detração ou remição** (LEP, art. 111).

Por sua vez, o § 2º do artigo 387 do CPP refere que "O tempo de **prisão provisória**, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MG – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais".

(IBFC – 2018 – TRF2 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Não cabe o regime semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos, mesmo que favoráveis as circunstâncias judiciais".

(VUNESP – 2017 – TJ-SP – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "É admissível a adoção do regime prisional fechado aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, se desfavoráveis as circunstâncias judiciais, bem como vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito, se fixada a pena-base no mínimo legal".

(CESPE – 2017 – DPE-AC – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "São efeitos da reincidência: o impedimento do início de cumprimento da pena em regime aberto ou semiaberto para crimes de qualquer natureza".

(FAPEMS – 2017 – PC-MS – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No caso de condenado reincidente em crime doloso, porém com as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal inteiramente favoráveis, a pena-base pode ser aplicada no mínimo legal".

(FCC – 2017 – DPE-SC – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Os crimes cometidos com violência contra a pessoa impedem a determinação do regime inicial aberto".

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas: "Em virtude do princípio da individualização da pena, a primeira fase de aplicação da pena não pode influenciar na determinação do regime"; "A pena de detenção deve ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, salvo caso de reincidência"; "Segundo a jurisprudência dominante do STJ, a reincidência impede o cumprimento de pena em regime semiaberto, independentemente da quantidade de pena e das circunstâncias judiciais"; "Por ser cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa, a condenação por roubo consumado impede a aplicação do regime aberto".

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Segundo a jurisprudência dominante do STF: (...) Não configura constrangimento ilegal o cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o fixado na sentença em virtude da falta de vagas, pois se aplica o princípio da reserva do possível".

(FAURGS – 2016 – TJ-RS – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto, observando a singularidade do caso concreto".

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas: "O condenado a pena superior a oito anos pode começar a cumpri-la em regime fechado, desde que o juiz fundamente as razões que ensejam regime inicial diferenciado"; "Segundo a doutrina dominante e o CP, o juiz, ao aplicar a pena, deve (...) indicar, no caso de condenado a pena de reclusão, que o cumprimento da sanção deve ser iniciado em regime fechado".

(PGR – 2015 – 28º Concurso – Procurador da República) Foram consideradas *corretas* as seguintes alternativas: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada; A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea; É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstancias judiciais; Fixada a pena-base no mínimo legal, e vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

(FCC – 2015 – TJ-AL – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos, ainda que desfavoráveis as circunstâncias judiciais".

(FCC – 2015 – TJ-PE – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A reincidência não obriga a adoção do regime prisional fechado, se imposta pena igual ou inferior a quatro anos e favoráveis as circunstâncias judiciais".

(CESPE – 2015 – DPU – Defensor Público Federal de Segunda Categoria) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A gravidade abstrata do delito justifica o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, independentemente de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal".

2.4. Regime inicial na legislação especial

2.4.1. *Crimes hediondos e equiparados*

De acordo com o texto original da Lei nº 8.072/90, a pena prevista para os crimes hediondos e equiparados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo) deveria ser cumprida **integralmente** em regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), independentemente da quantidade da pena fixada na sentença. Isso quer dizer que não somente se *iniciaria* a pena no regime fechado, mas sim que a pena seria cumprida *integralmente* em regime fechado, ou seja, sem a possibilidade de progressão para os regimes semiaberto e aberto.

Posteriormente, no dia 23/02/2006, por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (HC 82.959).

O legislador, atento para a decisão do STF, editou a Lei nº 11.464/07 para dar nova redação ao artigo 2º da Lei n. 8.072/90. Pela nova redação, a pena será cumprida **inicialmente** em regime fechado.

Entretanto, o Plenário do STF, em controle incidental, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07 (HC 111.840). Ou seja, o regime inicial pode, atualmente, ser diverso do fechado. A propósito: "O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, em 27/6/2012, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e equiparados" (STJ, 6ª T., HC 612054, j. 27/10/2020).

Crime praticado antes da Lei nº 11.464/07	• **Regime inicial:** pode ser diverso do fechado
Crime praticado depois da Lei nº 11.464/07	• **Regime inicial (1ª posição):** deverá ser o fechado (nos termos da lei) • **Regime inicial (2ª posição):** pode ser diverso do fechado (STF).

A Lei nº 9.455/97 estabelece que o condenado por crime de tortura, salvo a hipótese do § 2º do art. 1º, *iniciará* o cumprimento da pena em regime fechado (art. 1º, § 7º). No entanto, conforme referido, é inconstitucional a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados (HC 111.840). Nesse sentido: "O Superior Tribunal de Justiça alinhou-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da norma

disposta no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/6/2012), passando a inadmitir a fixação do regime inicial fechado com base na mera fundamentação ope legis, aos condenados por crimes hediondos ou a ele assemelhados. Em analogia a esse entendimento, de rigor a sua aplicação para que a fixação do regime inicial do crime de tortura ocorra nos moldes do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, porquanto o art. 1º, § 7º, da Lei n. 9.455/1997 expõe norma idêntica à do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990" (STJ, 5ª T., HC 378.456, j. 03/10/2017).

Atenção: o Pacote Anticrime (Lei 13.964/19, com vigência a partir de 23/01/2020), alterou as regras de progressão de regime dos crimes hediondos, mas silenciou quanto ao regime inicial.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2017 – DPE-SC – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A hediondez do crime não permite a determinação do regime inicial fechado para todos os casos, mas deve ser observada na determinação do regime inicial".

(CESPE – 2016 – PC-PE – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No crime de tráfico de entorpecente, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação de regime aberto, quando preenchidos os requisitos legais".

2.4.2. *Organização Criminosa*

O Pacote Anticrime (Lei 13.964/19, com vigência a partir de 23/01/2020), alterou a Lei do Crime Organizado, estabelecendo que (i) as lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima, e (ii) o condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo (§§ 8º e 9º do artigo 2º da Lei 12.850/13).

Colaboração premiada e regime inicial. A Lei n. 13.964/19 deu nova redação ao § 7º do artigo 4º da Lei n. 12.850/13, para **vedar acordos sobre progressão de regime em desconformidade com as regras do Código Penal e da LEP**. Vejamos o inciso II do § 7º do artigo 4º da Lei n. 12.850/13: "Adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo".

2.5. Direito de cumprir a pena no estabelecimento penal adequado

Segundo a Lei de Execuções Penais (artigos 82 a 104), a sanção penal deverá ser cumprida nos seguintes estabelecimentos penais:

a) **Penitenciária:** se destina ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 da LEP.

b) **Colônia Agrícola, Industrial ou similar:** destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

c) **Casa do Albergado:** destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

d) **Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico:** destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal.

Registre-se que a **cadeia pública** destina-se ao recolhimento de presos provisórios.

Infelizmente é pública e notória a insuficiência de estabelecimentos penais em nosso País. Como consequência, é muito comum, por exemplo, que um condenado ao qual foi fixado o regime semiaberto, que deveria cumprir a pena em Colônia Agrícola, Industrial ou similar (LEP, art. 91), acabe por cumpri-la em cadeias públicas ou até mesmo em penitenciária.

FALTA DE VAGAS

- **Súmula Vinculante 56 do STF:** "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS"
- "A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.710.674/MG, no rito dos recursos repetitivos (Tema 993), Relator o insigne Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, assentou a tese de que '**A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar**, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto'" (STJ, 5ª T., HC 460295, j. 18/10/2018). Ainda: "A mesma Terceira Seção, no julgamento do REsp n. 1.710.674/MG, no rito dos recursos repetitivos (Tema 993), Relator o insigne Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, assentou a tese de que 'A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto'" (STJ, 5ª T., HC 603982, j. 13/10/2020).

Dessa forma, a inexistência de vaga no estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena permite ao condenado aguardar em regime mais benéfico até a abertura da vaga. Ressalte-se que o cumprimento em estabelecimento mais benéfico não gera direito adquirido ao condenado, de sorte que, com o surgimento da vaga em estabelecimento adequado, deverá ele cumprir a sua pena neste.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2018 - Polícia Federal - Delegado de Polícia Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Diogo, condenado a sete anos e seis meses de reclusão pela prática de determinado crime, deve iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto. Todavia, na cidade onde se encontra, só há estabelecimento prisional adequado para a execução da pena em regime fechado. Nessa situação, o juiz poderá determinar que Diogo inicie o cumprimento da pena no regime fechado".

(FAURGS - 2016 - TJ-RS - Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "De acordo com a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, a inexistência de casa de albergado na localidade da execução da pena não gera o reconhecimento de direito ao benefício da prisão domiciliar quando o apenado estiver cumprindo a reprimenda em local compatível com as regras do regime aberto".

2.6. Estabelecimento penal federal de segurança máxima

A Lei n. 11.671/08, que dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências, foi alterada pela Lei n. 13.964, de 24/12/2019 (vigência a partir de 23/01/2020), a qual tratou sobre o regime fechado de segurança de segurança máxima.

Hipóteses de inclusão. Conforme o art. 3º, serão incluídos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles para quem a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório.

Características. O § 1º do art. 3º dispõe que a inclusão em estabelecimento penal federal de segurança máxima, no atendimento do interesse da segurança pública, será em **regime fechado de segurança máxima**, com as seguintes características: I - recolhimento em cela individual; II - visita do cônjuge, do companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de 2 (duas) pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações; III - banho de sol de até 2 (duas) horas diárias; e IV - monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive de correspondência escrita.

Monitoramento (§ 2º do art. 3º). Os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, vedado seu uso nas celas e no atendimento advocatício, salvo expressa autorização judicial em contrário. § 3º As gravações das visitas não poderão ser

utilizadas como meio de prova de infrações penais pretéritas ao ingresso do preso no estabelecimento.

Direito de visitas (§ 4º do art. 3º). Os diretores dos estabelecimentos penais federais de segurança máxima ou o Diretor do Sistema Penitenciário Federal poderão suspender e restringir o direito de visitas previsto no inciso II do § 1º deste artigo por meio de ato fundamentado.

Conduta criminosa (§ 5º do do art. 3º). Configura o crime do art. 325 do Código Penal, a violação ao disposto no § 2º deste artigo.

Tempo de permanência (§ 1º do art. 10). O período de permanência será de até 3 anos, renovável por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência, e se persistirem os motivos que a determinaram.

3. PROGRESSÃO DE REGIME

Nos termos do art. 33, § 2º, do CP e do art. 112 da LEP, a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso. A atual redação do art. 112 da LEP foi dada pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19, com vigência a partir de 23/01/2020):

> **Art. 112.** A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:
>
> **I – 16% (dezesseis por cento)** da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
>
> **II – 20% (vinte por cento)** da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
>
> **III – 25% (vinte e cinco por cento)** da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
>
> **IV – 30% (trinta por cento)** da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
>
> **V – 40% (quarenta por cento)** da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;
>
> **VI – 50% (cinquenta por cento)** da pena, se o apenado for:
>
> **a)** condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;
>
> **b)** condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou
>
> **c)** condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;
>
> **VII – 60% (sessenta por cento)** da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar **boa conduta carcerária**, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (...)

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

3.1. Regra geral

a) Requisito objetivo

Com a redação anterior, salvo nos crimes hediondos, a progressão se dava após o cumprimento de mais de 1/6 de pena (aproximadamente 16%), desde que atendidos outros requisitos. A lei anterior não diferenciava criminoso primário do reincidente, nem se o crime era cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. A regra do requisito objetivo de 1/6 era para todos, salvo, como dito, nos delitos hediondos. Com a alteração dada pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), essa quantidade de pena (16%) legitimará a progressão apenas se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça.

LEI REVOGADA	LEI NOVA
LEP, Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.	**LEP, Art. 112.** A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:
	Sem violência/grave ameaça + primário **I - 16%** (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

LEI REVOGADA	LEI NOVA
	Sem violência/grave ameaça + reincidente **II** – 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
	Com violência/grave ameaça + primário **III** – 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
	Com violência/grave ameaça + reincidente **IV** – 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
	Constituição de milícia **VI** – 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: (...) **c)** condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada.

b) Requisito subjetivo

Boa conduta. Além do tempo de cumprimento de pena, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento.

▸ **IMPORTANTE**

- **Decisão do juiz.** A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes (art. 112, § 2º, da LEP).
- **Falta grave.** Nos termos do § 6º do art. 112 da LEP, o cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.
- **Exame criminológico.** Desde a Lei nº 10.792/03, que alterou o art. 112 da Lei de Execução Penal, não mais se exige o *exame criminológico*, mas pode o juiz determinar a sua realização, desde que haja motivação (Súmula 439 do STJ).
- **Súmula 493 do STJ:** "É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto".
- **Crime contra a Administração Pública.** Nos termos do art. 33, § 4º, do CP o condenado por crime contra a Administração Pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.
- **Colaboração premiada.** De acordo com o art. 4º, § 5º, da Lei 12.850/13, "Se a colaboração for pos-terior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos".

- **Súmula Vinculante 56 do STF:** "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS".
- **Súmula 717 do STF:** "Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial".
- **Súmula 716 do STF:** "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória".
- **Súmula 491 do STJ:** "É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional". *Obs.:* é obrigatório o cumprimento do requisito temporal no regime intermediário.
- O **art. 387, § 2º, do CPP** admite que o próprio juiz da condenação conceda a progressão e fixe o regime menos severo nos casos de prisão provisória, prisão administrativa ou internação no curso do processo.
- **Súmula Vinculante 56 do STF:** "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS".
- **Súmula 717 do STF:** "Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial".
- **Súmula 716 do STF:** "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória".
- **Súmula 491 do STJ:** "É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional". *Obs.:* é obrigatório o cumprimento do requisito temporal no regime intermediário.
- O **art. 387, § 2º, do CPP** admite que o próprio juiz da condenação conceda a progressão e fixe o regime menos severo nos casos de prisão provisória, prisão administrativa ou internação no curso do processo.
- **Enunciado 25 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, vinculado ao STJ:** "O princípio da legalidade impõe que se observe, quando da soma das penas, o cálculo diferenciado para fins de progressão de regime".

Obs.: sobre a **progressão especial**, vide item 3.3 adiante.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP - 2019 - Promotor de Justiça) Em relação à progressão de regime de pena, é correto afirmar que: a) é admissível a chamada progressão per saltum de regime prisional se o condenado já descontou tempo de pena suficiente para tanto. b) a falta de estabelecimento penal adequado autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. c) com a edição da Lei nº 10.792/03, que alterou a redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal, não mais se admite o exame criminológico. d) se a colaboração premiada for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até

a metade, e somente será admitida a progressão de regime se presente o requisito objetivo. e) o condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou. **Gabarito: E.**

(CESPE – 2018 – Polícia Federal – Delegado de Polícia Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Flávio, maior e capaz, condenado a pena de doze anos pela prática de homicídio doloso qualificado, iniciou o cumprimento da pena em regime fechado. Durante a execução da pena, ele apresentou comportamento excelente e colaborativo, por isso, após o período mínimo para a progressão de regime, seu advogado requereu ao juiz a passagem de Flávio para o regime aberto. Nessa situação, o pedido não poderá ser atendido: a progressão do regime prisional de Flávio deverá ser para o regime semiaberto".

(FGV – 2018 – AL-RO – Advogado) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Tício, 40 anos, na condição de funcionário público, foi condenado pela prática de crime de peculato em razão do desvio de quantia em dinheiro da Administração Pública, sendo aplicada pena de 06 anos de reclusão. Após ser apenado em regime inicial semiaberto, preencheu o requisito objetivo e pretende a progressão para o regime aberto. Considerando apenas as informações narradas, é correto afirmar que Tício, para obter a progressão, deverá reparar o dano, além de preencher os demais requisitos gerais legais".

(CESPE – 2016 – PC-PE – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O STJ autoriza a imposição de penas substitutivas como condição especial do regime aberto".

(CESPE – 2016 – TJ-DFT – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "À luz da jurisprudência sumulada do STJ: (...) É inadmissível a fixação de pena restritiva de direitos substitutiva da pena privativa de liberdade como condição judicial especial ao regime aberto".

(PGR – 2015 – 28º Concurso – Procurador da República) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial".

(FCC – 2015 – TJ-AL – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "É admissível a chamada progressão per saltum de regime prisional".

3.2. Legislação especial

3.2.1. Crime hediondo

a) Redação original

Como visto anteriormente (regime inicial nos crimes hediondos), de acordo com o texto original da Lei nº 8.072/90, a pena para os crimes hediondos e equiparados deveria ser cumprida *integralmente* em regime fechado, ou seja, sem a possibilidade de progressão (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90).

De maneira distinta, a Lei nº 9.455/97 (tortura) dispôs que o condenado por crime de tortura, salvo a hipótese do § 2º do art. 1º, *iniciará* o cumprimento da pena em regime fechado (art. 1º, § 7º). Desse modo, passou-se a admitir a progressão, já

que a pena não seria cumprida *integralmente* em regime fechado. Mesmo com essa nova legislação, o STF havia se posicionado no sentido de que essa regra não se estenderia aos crimes hediondos e aos demais equiparados (Súmula 698).

Posteriormente, no dia 23/02/2006, por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (HC 82.959).

b) Redação dada pela Lei nº 11.464/07

Por sua vez, a Lei nº 11.464/07 deu nova redação ao artigo 2º da aludida legislação, determinando que a pena *inicie* em regime fechado (§ 1º). Possibilitou, ainda, a progressão de regime (§ 2º).

O Plenário do STF, em controle incidental, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07 (HC 111.840). Ou seja, o regime inicial pode, atualmente, ser diverso do fechado.

A Lei 11.464/07 possibilitou a progressão de regime (art. 2º, § 2º) e estabeleceu critérios objetivos mais rígidos do que os anteriormente dispostos na LEP (1/6, conforme a redação original): 2/5 no caso de apenado primário e 3/5 no caso de apenado reincidente. Surgiram dois posicionamentos acerca da progressão de regime em relação aos crimes hediondos e equiparados praticados antes da vigência da Lei 11.464/07:

(i) considerava que a lei antiga (art. 2º da Lei nº 8.072/90) era inconstitucional (seguindo o HC 82.959). Desse modo, a lei da época do fato a ser aplicada passava a ser a Lei de Execução Penal (art. 112), que permitia a progressão com o cumprimento de 1/6 da pena. Assim, a lei nova era mais severa que a lei anterior a ser considerada (Lei de Execução Penal) em relação ao tempo de cumprimento de pena para fins de progressão (2/5 ou 3/5 da pena, e não 1/6), de sorte que se aplicava o princípio da irretroatividade da lei mais gravosa.

(ii) considerava que a lei antiga (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90) era constitucional e não reconhecia efeito *erga omnes* da decisão do STF (HC 82.959). Desse modo, a lei nova era mais benéfica, pois permitia a progressão (a anterior não a admitia), de sorte que deveria retroagir, mas observando para progressão o cumprimento de 2/5 ou 3/5 da pena, e não de 1/6.

Para solucionar a divergência instaurada, o STF editou a **Súmula Vinculante 26**: "Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico". No mesmo sentido a **Súmula 471 do STJ**: "Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional".

c) Redação dada pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime)

Com a redação anterior (Lei 11.464/07), a progressão de regime no caso de crimes hediondos e equiparados se dava após o cumprimento de 2/5 da pena (40%) no caso de apenado primário e de 3/5 da pena (60%) no caso de apenado reincidente A lei anterior não diferenciava se do crime resultava morte.

O Pacote Anticrime, com vigência a partir de 23/01/2020, revogou o § 2º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos e alterou o artigo 112 da LEP. Portanto, atualmente devem ser considerados os critérios definidos na tabela abaixo (lei nova):

LEI REVOGADA	LEI NOVA (CRIMES HEDIONDOS)
LCH, Art. 2, § 2º – A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).	**LEP, Art. 112** – A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:
LEI REVOGADA	**LEI NOVA (CRIMES HEDIONDOS)**
	Hediondo + primário **V** – 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;
	VI – 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: **Hediondo + morte + primário (vedado o livramento condicional)** **a)** condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; **Comando de Orcrim para crime hediondo** **b)** condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado;
	Hediondo + reincidente **VII** – 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;
	Hediondo + morte + reincidente (vedado o livramento condicional) **VIII** – 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

3.2.2. *Organização criminosa*

O Pacote Anticrime (Lei 13.964/19, com vigência a partir de 23/01/2020) alterou a Lei do Crime Organizado, estabelecendo que (i) as lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima, e (ii) o condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo (§§ 8º e 9º do artigo 2º da Lei 12.850/13).

3.3. Progressão especial

A Lei nº 13.769/18 alterou o art. 112 da LEP para criar as exigências da progressão no caso de **mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência**. Conforme § 3º, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III - ter cumprido ao menos **1/8 da pena** no regime anterior; IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não ter integrado organização criminosa.

A referida lei também alterou o § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), atualmente revogado, para constar: "A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)".

Com a revogação do art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, não mais se aplica aos crimes hediondos a progressão de regime especial prevista no art. 112, §§ 3º e 4º, da LEP.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC - 2019 - DPE-SP - Defensor Público) Leila, menor de 21 anos de idade, foi denunciada pela prática do delito de falsificação de documento público, previsto no art. 297, caput, por três vezes, na forma do art. 69, ambos do CP, tendo o Juiz convertido a prisão em flagrante em preventiva, não obstante a documentação juntada pela defesa, comprovando que Leila tem uma filha de 2 anos de idade, que está sob sua guarda. Recebida a denúncia e processado o feito, 10 meses após a prisão da ré foi realizada audiência de instrução, debates e julgamento, tendo Leila sido condenada à pena mínima para cada delito, em razão de sua primariedade, seus bons antecedentes, bom comportamento carcerário e do fato de não fazer parte de organização criminosa. Todavia, em razão do reconhecimento do concurso material, a pena final foi fixada em 6 anos de reclusão. A respeito do regime inicial de cumprimento de pena cabível no caso: a) de acordo com entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, quando as condições pessoais do réu foram favoráveis e a pena base tiver sido fixada no mínimo legal, é cabível regime inicial aberto, ainda que a sanção aplicada seja superior a 4 anos, com base no princípio da individualização da pena. b) considerando que a pena aplicada é superior

a 4 anos e não excede 8 anos, bem como que a ré é primária e de bons antecedentes, é cabível o regime inicial semiaberto, não sendo possível aplicar a detração, porque a ré não cumpriu o lapso temporal de 1/6 (um sexto) necessário à progressão de regime. c) de acordo com entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, a mulher gestante ou com filho de até 12 anos de idade incompletos, ainda que condenada à pena superior a quatro anos, tem direito ao regime inicial aberto, desde que o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa e que não integre organização criminosa. d) considerando que a pena aplicada é superior a 4 anos e não excede 8 anos, bem como que a ré é primária e de bons antecedentes, seria cabível o regime inicial semiaberto, podendo o juiz fixar, de imediato, o regime aberto, uma vez que a ré já cumpriu o lapso temporal de 1/8 (um oitavo) necessário à progressão de regime. e) considerando que a pena aplicada é superior a 4 anos e não excede 8 anos, bem como que a ré é primária e de bons antecedentes, é cabível o regime inicial semiaberto, não sendo possível aplicar a detração, porque a ré não cumpriu o lapso temporal de 1/3 (um terço) necessário à progressão de regime. **Gabarito: D.**

(UEG – 2018 – PC-GO – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O sujeito 'A', primário e de bons antecedentes, foi condenado a quinze anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado. Neste caso, preenchidos os demais requisitos, o sujeito 'A' terá direito a progredir para o regime semiaberto após o cumprimento de seis anos de sua pena".

3.4. Falta grave e progressão

De acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, com a prática de falta grave ocorrerá o reinício da contagem do prazo para a progressão.

- **Súmula 534 do STJ:** "A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração".
- **STF:** "A jurisprudência pacífica deste Supremo Tribunal Federal também opera no sentido de que a prática de falta grave no decorrer da execução penal interrompe o prazo para concessão de progressão de regime, reiniciando-se, a partir do cometimento da infração disciplinar grave, a contagem do prazo para que o condenado possa pleitear novamente o referido benefício executório. Precedentes" (STF, 2ª T., HC 136376, j. 18/04/2017).

Outras súmulas relacionadas à falta grave:

- **Súmula 441 do STJ:** "A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional".
- **Súmula 533 do STJ:** "Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado".
- **Súmula 535 do STJ:** "A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto".

Obs.: de acordo com o **Enunciado 28 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, vinculado ao STJ**, "O rol trazido pelo art. 50 da Lei de Execução Penal é taxativo, não comportando interpretação extensiva ou equiparação analógica".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Segundo os termos da Súmula n. 534 do STJ, a prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração. Por sua vez, dispõe a Súmula n. 535 do STJ que a prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto".

(MP-SP – 2019 – Promotor de Justiça) Quanto aos efeitos da falta grave na execução da pena, interrompe a contagem: a) do prazo para obtenção de livramento condicional, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração, a teor da Súmula 441 do STJ. b) do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração, a teor da Súmula 534 do STJ. c) do prazo para fim de comutação de pena ou indulto, a teor da Súmula 535 do STJ. d) dos prazos para a obtenção de livramento condicional e para fim de comutação de pena ou indulto, a teor das Súmulas 441 e 535 do STJ. e) dos prazos para a obtenção de livramento condicional e progressão de regime de cumprimento de pena, os quais se reiniciam a partir do cometimento dessa infração, assim como para fim de comutação de pena ou indulto, a teor das Súmulas 441, 534 e 535 do STJ.

Gabarito: B.

(VUNESP – 2017 – TJ-SP – Juiz de Direito) Foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas: "O condenado por crime hediondo ou assemelhado, independentemente da data de cometimento da infração, só poderá obter a progressão de regime após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se primário, admitindo-se a determinação de exame criminológico, desde que em decisão motivada"; "O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado da sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato e interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime, o qual se reinicia a partir da decisão judicial que identificar a infração".

(FCC – 2015 – TJ-GO – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Quanto às penas privativas de liberdade, correto afirmar que, segundo entendimento dos Tribunais Superiores (...) a falta grave não interrompe o prazo para a progressão de regime".

3.5. Regressão

Nos termos do art. 118 da Lei de Execução Penal, a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: *praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; 2) sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).* Além dessas hipóteses, o condenado será transferido do regime aberto se frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

De acordo com a **Súmula 526 do STJ**: "O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena **prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória** no processo penal instaurado para apuração do fato". É também a posição do STF: 1ª T., HC 110881, j. 20/11/2012.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – DPE-DF – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O reconhecimento de falta grave decorrente da prática de fato definido como crime doloso independe do trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

3.6. Nova condenação e progressão

Colaciona-se da jurisprudência do STJ que "a superveniência de condenação por crime doloso implica o reinício do cômputo do prazo para a concessão de eventuais benefícios, que deverá ser novamente calculado tendo como base a soma das penas restantes a serem cumpridas, pouco importando que a nova condenação decorra de fato praticado antes do delito que deu início à execução" (5ª T., HC 130.904, j. 20/10/2009). Ainda: "1. Sobrevindo nova condenação, incumbe ao Juízo das Execuções Criminais proceder à unificação das penas, adequando o regime prisional ao resultado da soma, observadas, quando for o caso, a detração ou remição. Precedentes. 2. Na espécie, a soma das três condenações impostas ao agravante supera o patamar de 8 anos, inexistindo ilegalidade na decisão que fixou o regime fechado" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 490351, j. 26/03/2019).

4. REGRAS DOS REGIMES

4.1. Regras do regime fechado (CP, art. 34)

Local de cumprimento: Penitenciária (LEP, arts. 87 a 90).

Classificação: art. 34 do CP e arts. 5º ao 9º da LEP.

Trabalho interno: o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno (CP, art. 34, § 1º). O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena (CP, art. 34, § 2º). Vide: artigos 31 a 35 da LEP; art. 5º, XLVII, da CF (não haverá trabalhos forçados).

Trabalho externo: é admissível, no regime fechado, em *serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas* (LEP, artigos 36 e 37).

4.2. Regras do regime semiaberto (CP, art. 35)

Local de cumprimento: Colônia Agrícola, Industrial ou similar (LEP, arts. 91 e 92).

Classificação: art. 35 do CP e arts. 5º ao 9º da LEP.

Trabalho: o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (§ 1º); o trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (§ 2º).

De acordo com o STF, é **desnecessário o cumprimento mínimo de 1/6 da pena** (requisito objetivo) para a concessão do benefício do trabalho externo: "1. A exigência objetiva de prévio cumprimento do mínimo de um sexto da pena, segundo a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica aos presos que se encontrem em regime inicial semiaberto. Diversos fundamentos se conjugam para a manutenção desse entendimento. 2. A aplicação do requisito temporal teria o efeito de esvaziar a possibilidade de trabalho externo por parte dos apenados em regime inicial semiaberto. Isso porque, após o cumprimento de 1/6 da pena, esses condenados estarão habilitados à progressão para o regime aberto, que tem no trabalho externo uma de suas características intrínsecas. (...) 4. A inaplicabilidade do requisito temporal para o deferimento de trabalho externo não significa, naturalmente, que a sua concessão deva ser automática. Embora a Lei de Execução Penal seja lacônica quanto aos requisitos pertinentes, é intuitivo que a medida é condicionada: (i) pela condição pessoal do apenado, que deve ser compatível com as exigências de responsabilidade inerentes à autorização para saída do estabelecimento prisional; e (ii) pela adequação do candidato a empregador (...)" (STF, Pleno, EP 2 TrabExt-AgR, j. 25/06/2014). No mesmo sentido: STJ, 5ª T., RHC 113281, j. 19/09/2019.

Monitoração eletrônica e saída temporária: nos termos do art. 122 da LEP, os condenados que cumprem pena em **regime semiaberto** poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: *I - visita à família; II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.* A Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, acrescentou o parágrafo único: "A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução." Trata-se de uma hipótese de vigilância, mas de forma indireta. Conforme disposto no art. 146-C da LEP, também incluído pela referida Lei, o condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça.

➢ Não há previsão legal para a **monitoração eletrônica** no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena.

➢ **Súmula 520 do STJ:** "O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2017 – TJ-SP – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal, cabível para os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto, é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional".

4.3. Regras do regime aberto (CP, art. 36)

Fundamento: o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (*caput*).

Trabalho externo (§ 1º): o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

Local de cumprimento: Casa do Albergado (LEP, arts. 93 a 95). Vide arts. 113 a 119 da LEP.

Condições: Nos termos do art. 115 da LEP, o Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias, quais sejam: I – permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; II – sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; III – não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; IV – comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

Existe divergência doutrinária acerca da possibilidade de o juiz fixar como condição para o regime aberto alguma pena restritiva de direito (art. 44 do CP). A corrente negativista sustenta que não há previsão legal, além do que seria uma forma de *bis in idem*. O STJ encampou essa posição e editou a **Súmula 493**: "É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2018 – MP-PB – Promotor de Justiça) Segundo o artigo 36 do Código Penal, o regime aberto de cumprimento da pena baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado. São condições do regime aberto: I. o recolhimento do apenado no local designado, durante o repouso e nos dias de folga. II. não se ausentar o condenado da cidade onde reside, sem autorização judicial. III. comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado. IV. a existência de exame criminológico indicando a ausência de periculosidade do condenado. Está correto o que se afirma APENAS em: A) I, II e IV; B) II e IV; C) III e IV; D) I, II e III; E) I e III".

Gabarito: D.

(FCC – 2015 – TJ-AL – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "É inadmissível a fixação de pena substitutiva como condição especial ao regime aberto".

Regressão (§ 2º): o condenado será transferido do regime aberto se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativa aplicada.

4.4. Regime especial para mulher (CP, art. 37)

Garantia constitucional: art. 5º, XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; art. 5º, L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Ensino profissional: art. 19 da LEP - o ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico. Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Idoso: art. 82, § 1º, da LEP - a mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

Estabelecimento penal e outros direitos. Berçário: art. 83, § 2º, da LEP - Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. Tais estabelecimentos deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas (§ 3º do referido artigo); ***creche:*** art. 89 da LEP - (...) a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa; ***regime aberto cumprido em domicílio ('regime domiciliar')***: art. 117 da LEP - somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: (...) III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante. Não confundir o "regime domiciliar" com a **medida cautelar "prisão domiciliar"**, que consiste no recolhimento da pessoa "presa provisoriamente" em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial (art. 317 do CPP). ***Pré-natal e pós-parto:*** art. 14, § 3º, da LEP - Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

PRESAS GESTANTES E MÃES DE FILHOS COM ATÉ 12 ANOS OU COM DEFICIÊNCIA:

- A 2ª Turma do STF, por maioria, concedeu Habeas Corpus coletivo (HC 143641, j. 20/02/2018) para determinar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP.
- A Lei n. 13.769/2018 inseriu o art. 318-A no CPP: A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

4.5. Direitos do preso

De acordo com o art. 38 do CP, o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. O art. 5º, XLIX, da CF dispõe que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

Obs.: foi acrescentado o § 4º ao art. 19 do ECA para constar que "Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial."

4.6. Trabalho do preso

Nos termos do art. 39 do CP, o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva (LEP, art. 28). A LEP dispõe sobre o trabalho do preso nos artigos 28 a 37.

4.7. Superveniência de doença mental

Conforme art. 41 do CP, o condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

Por sua vez, segundo o art. 183 da LEP, se, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

Nas duas hipóteses acima se pressupõe que a pessoa tenha sido condenada, do que se deflui que não foi considerada inimputável (art. 26, *caput*). Caso contrário teria sido aplicada a medida de segurança (art. 97 do CP).

Para Nucci, o art. 41 do CP se aplica a doença mental de caráter não duradouro, ao passo que o art. 183 da LEP é aplicável em casos de doença duradoura. Nesta hipótese ocorre a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança, o que não acontece no art. 41 do CP (*Código Penal Comentado*, p. 97).

5. REMIÇÃO

5.1. Conceito e regras gerais

A remição é um instituto originário do Direito Espanhol que visa à redenção da pena pelo trabalho. Em princípio, se aplicava somente aos presos políticos. Posteriormente se estendeu aos demais crimes. Porém, a legislação espanhola atual (Código Penal de 1995) suprimiu o instituto da remição (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*, 2007, p. 576).

A Lei nº 12.433/11, deu nova redação aos artigos 126 a 129 da Lei de Execução Penal. Nos termos do art. 126 da LEP, o condenado que cumpre a pena em **regime fechado** ou **semiaberto** poderá remir, por **trabalho ou estudo**, parte do

tempo de execução da pena (art. 126, caput). Como veremos, a nova lei possibilita a **remição por estudo** ao condenado em **regime aberto**.

REMIÇÃO	
Trabalho	**Estudo**
Regime fechado Regime semiaberto	Regime fechado Regime semiaberto Regime aberto Liberdade condicional

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBFC - 2018 - TRF2 - Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A frequência a curso de ensino formal ou não, é causa de remição de parte do tempo de execução penal em qualquer dos três regimes".

O **tempo remido será computado como pena cumprida**, para todos os efeitos (art. 128). Ex.: o tempo remido será considerado para fins de contagem do prazo para obtenção de progressão de regime ou de livramento condicional.

Uma novidade interessante é a possibilidade de **cumulação das horas diárias** de trabalho com as de estudo (art. 126, § 3º). Assim, deverá a autoridade viabilizar ao preso horário compatível para que estude e trabalhe.

Em caso de **acidente** que impossibilite o trabalho ou estudo, o preso **continuará a beneficiar-se** com a remição (art. 126, § 4º).

A redação antiga não fixava a possibilidade da remição pelo estudo, mas o STJ havia formado posicionamento que "A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto" (**Súmula 341**). A alteração legislativa seguiu o posicionamento já consolidado.

A contagem do tempo será feita à razão de (art. 126, § 1º):

- 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias.
- 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

Conforme o § 2º do art. 126, as atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

O condenado **poderá ser autorizado a estudar fora do estabelecimento penal**. Nessa hipótese, deverá comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar (art. 129, § 1º).

O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação (art. 126, § 5º).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Situação hipotética: Carlos cumpre pena de reclusão em estabelecimento prisional e estuda, em estabelecimento certificado pelo MEC, para concluir o ensino médio. Assertiva: Nessa situação, se Carlos terminar o ensino médio enquanto estiver cumprindo pena, o tempo a ser remido em função das horas de estudo será acrescido de um terço".

A Lei nº 12.245/10, alterou o art. 83 da LEP para autorizar a instalação de salas de aulas nos presídios. Foi acrescentado o § 4º: "Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante". Assim, facilitou o acesso à educação e a possibilidade da remição.

Remição pela leitura e resenha de livros: possível, de acordo com a Resolução 44/2013 do CNJ. Nesse sentido: "(...) 2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, como resultado de uma interpretação analógica *in bonam partem* da norma inserta no art. 126 da LEP, possui entendimento de que é possível a hipótese de abreviação da reprimenda em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal. 3. O entendimento desta Corte está consolidado no sentido de **admitir a remição da pena pela leitura** nos termos da Portaria conjunta n. 276/2012, do Departamento Penitenciário Nacional/MJ e do Conselho da Justiça Federal, bem como da Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça. Dos termos da portaria conjunta e da recomendação anteriormente citadas, verifica-se que a comissão deverá apresentar análise da resenha apresentada pelo reeducando, observando 'os aspectos relacionados à compreensão e compatibilidade do texto com o livro trabalhado' e, posteriormente, encaminhar ao Juízo da Execução competente para que 'este decida sobre o aproveitamento da leitura realizada'" (STJ, 5ª T., HC 413501, j. 26/06/2018). No mesmo sentido: STJ, 6ª T., AgRg no HC 589363, j. 04/08/2020.

Trabalho fora do estabelecimento penitenciário: "RECURSO REPETITIVO (Tema: 917). TESE: É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa extramuros" (STJ, REsp 1381315/RJ, 3ª Seção, j. 13/05/2015). No mesmo sentido a **Súmula 562 do STJ:** "É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros".

Representante de galeria, leitura, estudo por conta própria, tarefas de artesanato: "1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1804266/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 25/06/2019, resolveu admitir a remição da pena pela atividade laboral de representante de galeria, como forma de possibilitar aos apenados encarcerados em unidades sem outras atividades laborais receberem o benefício, desde que devidamente reconhecida pelo estabelecimento prisional. 2. De fato, não é razoável impedir o benefício por atividade laboral relevante à organização penitenciária promovida e reconhecida pela própria administração do estabelecimento prisional, ao argumento de não comprovados a supervisão e o cumprimento de jornada,

quando a jurisprudência tem flexibilizado o art. 126 da LEP para permitir a remição da pena pela leitura, pelo estudo por conta própria e por tarefas de artesanato" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 515431, j. 19/09/2019). No mesmo sentido: "Todo trabalho tem papel ressocializador, inclusive a jurisprudência tem flexibilizado o art. 126 da LEP para **permitir a remição da pena pela leitura e pelo estudo por conta própria**, não sendo razoável impedir o benefício por **atividade laboral de artesanato** promovida e reconhecida pela própria administração do estabelecimento prisional, ao argumento de ausência de comprovação da supervisão e do cumprimento de jornada" (STJ, 6ª T., HC 534258, j. 30/06/2020).

5.2. Regime aberto, livramento condicional e preso provisório

Antes da alteração legislativa, a remição só se aplicava aos presos nos regimes fechado e semiaberto. Agora é possível a **remição pelo estudo** aos presos em **regime aberto** e aos que usufruem **livramento condicional** (art. 126, § 6º).

A remição também se aplica às hipóteses de **prisão cautelar** (art. 126, § 7º).

5.3. Competência

A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa (art. 126, § 8º).

A autoridade administrativa deverá encaminhar mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles (art. 129).

O condenado tem o direito de saber a relação de seus dias remidos.

5.4. Remição e falta grave

A criticada redação anterior do art. 127 da LEP estabelecia que: "O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar". Inclusive, o STF editou a Súmula Vinculante nº 9 acerca da matéria: "O disposto no artigo 127 da Lei 7.210/84 foi recebido pela ordem constitucional vigente e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58".

Com a nova redação, em conformidade com os princípios da individualização e proporcionalidade da pena, a regra foi alterada, passando a dispor que "Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar". Por se tratar de lei mais benéfica, deve retroagir (nesse sentido: STJ, HC 200.046, j. 18/08/2011).

Assim, a revogação não poderá exceder a 1/3 do tempo remido. O juiz deverá fundamentar o tempo de remição a ser revogado e terá como critérios de aferição a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. Vejamos:

STJ: "Reconhecida falta grave no decorrer da execução penal, não pode ser determinada a perda dos dias remidos na fração máxima de 1/3 sem que haja fundamentação concreta para justificá-la. De fato, a Lei de Execução Penal (LEP) estipula como um dos seus vetores o mérito do apenado, cuja avaliação decorre do cumprimento de seus deveres (art. 39), da disciplina praticada dentro do estabelecimento prisional (art. 44) e, por óbvio, do comportamento observado quando em gozo dos benefícios previstos na aludida norma de regência. Inserido nesse escopo, a configuração da falta de natureza grave enseja vários efeitos (art. 48, parágrafo único), entre eles: a possibilidade de colocação do sentenciado em regime disciplinar diferenciado (art. 56); a interrupção do lapso para a aquisição de outros instrumentos ressocializantes, como, por exemplo, a progressão para regime menos gravoso (art. 112); a regressão no caso do cumprimento da pena em regime diverso do fechado (art. 118); além da revogação em até 1/3 do tempo remido (art. 127). Nesse contexto, o STJ adota o entendimento de que "o cometimento de falta grave implica a perda de até 1/3 dos dias remidos, cabendo ao Juízo das Execuções dimensionar o quantum cabível, observando os critérios do artigo 57 da Lei 7.210/1984, relativos à natureza, aos motivos, às circunstâncias e às consequências do fato, bem como à pessoa do faltoso e seu tempo de prisão, recomeçando a contagem a partir da data da infração". (HC 271.185-RS, Sexta Turma, DJe 14/3/2014). Dessa forma, ao decretar a perda dos dias remidos, o magistrado não pode apenas repetir o disposto no art. 57 da LEP, deixando de apontar elementos concretos do caso que, efetivamente, evidenciem a necessidade de decretação da perda dos dias remidos na fração máxima de 1/3. Isso porque, a motivação dos atos jurisdicionais, conforme imposição do artigo 93, IX, da CF ("Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade..."), funciona como garantia da atuação imparcial e secundum legis (sentido lato) do órgão julgador" (STJ, HC 282.265, j. 22/4/2014). Informativo 539. No mesmo sentido: "(...) 4. O Juízo da Execução, ao homologar a falta grave, se entender necessário, razoável e proporcional, declarará a perda dos dias remidos, que se limitará ao máximo de 1/3 (um terço) do total, sendo necessário justificar o quantum eleito. Inteligência dos artigos 57 e 127 da Lei de Execução Penal. 5. Na hipótese em apreço, a escolha da fração de perda dos dias remidos encontra-se devidamente fundamentada, na medida em que a instância ordinária fez alusão à gravidade concreta da indisciplina cometida, consistente na agressão a outra detenta, não havendo ilegalidade a ser sanada por este Sodalício" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 591564, j. 18/08/2020).

Dias trabalhados após a falta grave: "1. A remição na execução da pena constitui benefício submetido à cláusula rebus sic stantibus em que o condenado possui apenas a expectativa do direito de abater os dias trabalhados do restante da pena a cumprir, desde que não venha a ser punido com falta grave. 2. A perda de até 1/3 dos dias remidos não pode alcançar os dias trabalhados após o cometimento da falta grave, pena de criar uma espécie de conta corrente contra o condenado, desestimulando o trabalho do preso mas também não pode deixar de computar todos os dias trabalhados antes do cometimento da falta grave, ainda que não tenham sido declarados judicialmente, sob pena de subverter os

fins da pena, culminando por premiar a indisciplina carcerária" (STJ, 6ª T., REsp 1517936, j. 01/10/2015). Idem: STJ, 6ª T., REsp 1672643, j. 03/10/2017.

6. DETRAÇÃO

6.1. Regra geral

Nos termos do art. 42 do CP, deve ser abatido na pena privativa de liberdade e na medida de segurança o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, e o de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Exemplo: 'A' pratica homicídio, permanecendo preso em flagrante por seis meses. No final, é condenado a 12 anos de prisão. Deve ser abatido na pena o período de 6 meses em que esteve preso provisoriamente.

Se a detração ocorrer na sentença, a competência é do juiz do processo; se ocorrer na fase da execução da pena, será do juiz da execução (art. 66, III, c, da LEP).

6.2. Detração paralela e princípio da conta corrente

Admite-se que a detração seja realizada em processo distinto do qual ocorreu a prisão provisória. Isso ocorrerá na hipótese em que o preso provisório foi absolvido ou teve reconhecida a extinção da punibilidade e não teve como abater o tempo em que esteve preso provisoriamente. Porém, o abatimento (detração) somente se procederá em relação à condenação por crime anterior ao período em que ocorreu a prisão provisória.

Exemplo: 'A' pratica um homicídio em 2003 ("crime 1") e outro em 2004 ("crime 2"). Em relação ao "crime 2", permanece preso em flagrante por seis meses. No ano de 2005 é absolvido pelo "crime 2" (crime pelo qual ficou preso provisoriamente) e condenado pelo "crime 1". Nesse caso, poderá haver a detração, ou seja, o tempo de prisão provisória (6 meses) do "crime 2" será abatido na pena do "crime 1".

Não se admite a detração em outro processo cuja data do cometimento do crime de que trata a execução seja posterior ao período em que ocorreu a prisão provisória, justamente para evitar **"conta corrente"** em favor do réu.

Exemplo: no ano de 2003, 'A' pratica um homicídio ("crime 1"), permanecendo preso em flagrante por seis meses. Em 2004, já em liberdade, pratica o "crime 2". No ano de 2005 é absolvido pelo "crime 01" (crime pelo qual ficou preso provisoriamente) e condenado pelo "crime 2". Nesse caso, não poderá haver a detração. Nesse sentido: "A jurisprudência pacífica desta Corte superior admite a detração do tempo de prisão processual ordenada em outro processo em que o sentenciado foi absolvido ou foi declarada a extinção da punibilidade, desde que em relação a crimes cometidos anteriormente à custódia cautelar cujo lapso temporal se pretende descontar" (STJ, 5ª T., HC 391.101, j. 24/10/2017). Ainda: "O posicionamento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da impossibilidade de se considerar, para efeito de detração, período

de prisão provisória anterior ao crime que ensejou a condenação" (STJ, 5ª T., HC 547515, j. 06/02/2020).

6.3. Penas restritivas de direito ou de multa e detração

Pode ocorrer que o preso provisório seja condenado e a ele aplicadas penas restritivas de direito ou de multa. A lei não prevê o abatimento do tempo de prisão provisória nessas modalidades de penas. No entanto, por analogia, pode-se utilizar o dispositivo para solucionar a lacuna.

6.4. Detração e prescrição

O art. 113 do CP, ao tratar da prescrição, dispõe que "no caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena". Com fulcro nesse dispositivo, surge a tese de ser possível a verificação do prazo prescricional levando em conta a detração.

Exemplo: 'A' é condenado à pena de um 1 ano e 2 meses de detenção. Durante o processo ficou preso provisoriamente por 4 meses. Entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória transcorreu um prazo de 3 anos e 6 meses. Como a pena de 1 ano e 2 meses prescreve em quatro anos, não terá ocorrido a prescrição retroativa. Porém, se descontarmos 4 meses da pena (detração), restaria uma pena de 10 meses. Caso se aceite que esse seria o prazo para verificação da prescrição, ocorrerá a prescrição retroativa, considerando o transcurso do prazo superior a 3 anos entre as causas interruptivas (recebimento da denúncia e publicação da sentença).

Nesse sentido: "Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que, à míngua de previsão legal, o período em que o paciente esteve preso preventivamente não pode ser utilizado para fins de definição do prazo prescricional, já que o ordenamento jurídico apenas prevê o instituto da detração para desconto da reprimenda a ser cumprida, nos termos dos artigos 42 e 113 do Código Penal, bem como para a definição do regime de cumprimento de pena, conforme o § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal" (STJ, 5ª T., HC 454133, j. 16/08/2018).

6.5. Detração e medidas socioeducativas

Por analogia, é permitida a detração em hipótese de medida socioeducativa.

Exemplo: adolescente é internado provisoriamente. Ao final do procedimento é aplicada a internação. Esse tempo será computado como tempo de internação. Nesse sentido: STJ, 6ª T., AgRg no Ag 442.435, j. 08/04/2003.

Em posição contrária: "1. As medidas socio-educativas são, em natureza, protetivas e, não, punitivas, estando a internação, enquanto privativa de liberdade, limitada de forma absoluta à sua necessidade, não podendo exceder a 3 anos, prazo em que, por consequência evidente, deve ser computado o de internamento provisório. 2. Havendo, contudo, interrupção, como ocorre no caso de evasão, rompe-se a unidade do internamento, não havendo falar, em casos

tais, em cômputo da internação provisória, por isso que seria remeter a espécie aos próprios de detração penal, inconciliável com a natureza protetiva da medida socioeducativa, limitada no máximo e, não, no mínimo de sua duração, que deve ser a estritamente necessária" (STJ, 6ª T., HC 12.595, j. 3/02/2001).

6.6. Liberdade provisória, medidas cautelares e detração

Por ausência de previsão legal, não se abate o tempo em que o condenado esteve em **liberdade provisória**. Para o STJ, "O tempo de liberdade provisória é estranho à detração penal de que cuida o artigo 42 do Código Penal" (6ª T., RHC 17.697, j. 18/08/2005).

A Lei nº 12.403/11, que criou novas medidas cautelares diversas da prisão, não tratou acerca da detração em relação às medidas cautelares. Entretanto, entendemos ser possível em algumas hipóteses, até porque as medidas cautelares restringem a liberdade, mesmo que com graus de intensidade distintos. Poderia, por exemplo, haver detração entre o recolhimento domiciliar (art. 319, V, do CPP) com a pena a ser cumprida no regime aberto.

6.7. Detração e regime inicial

A Lei n.º 12.736/12 acrescentou o § 2º ao art. 387 do CPP: "O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade". Como o dispositivo não preza pela clareza, surgem duas posições:

1ª) O juiz fixa o regime utilizando as regras específicas sobre o tema para, em seguida, analisar na própria sentença a possibilidade de conceder a progressão de regime prisional, considerando o tempo de pena já cumprido (detração). Exemplos:

- Imaginemos uma condenação à pena de 9 anos de reclusão (regime fechado) em que o condenado tenha permanecido preso provisoriamente por 1 ano e 7 meses. Como já adimpliu o requisito objetivo (1 ano e 6 meses), terá cumprido a condição temporal para a progressão, podendo então o juiz, na própria sentença, aplicar o regime semiaberto, ao invés de fixar o fechado e deixar para o juiz da execução progredir para o semiaberto.
- Imaginemos que no exemplo acima o condenado tenha permanecido preso provisoriamente por 1 ano e 2 meses. Como não cumpriu o requisito objetivo (1 ano e 6 meses), não teria preenchido a condição temporal para a progressão, de modo que o regime seria o fechado, considerando a pena de 9 anos de reclusão.

2ª) O tempo de pena já cumprido provisoriamente deve sempre ser abatido da pena fixada para então se analisar qual o regime inicial. Ou seja, não se fala em progressão. Assim, no segundo exemplo acima citado a pena definitiva seria de 7 anos e 10 meses (9 anos - 1 ano e 2 meses), de modo

que se mostraria cabível, em tese, o regime semiaberto. Nesse sentido é a Rcl 18.324/SC, julgada pela 3ª Seção do STJ em 13/08/2014. trecho do voto: "Há manifesta confusão feita pelo Juízo de origem entre os institutos da detração penal e da progressão de regime. Aquele, aplicado no processo de conhecimento, determina que seja levada em consideração qualquer fração de tempo de prisão provisória para a fixação do regime inicial da pena privativa de liberdade. Ou seja, ao realizar a dosimetria, deve o juiz descontar da pena fixada o tempo de prisão provisória antes de fixar o regime. O resultado dessa subtração é que deve ser utilizado como parâmetro para fixação do regime inicial, aliado a outros critérios, como reincidência e circunstâncias desfavoráveis, em observância ao disposto no art. 33 do Código Penal. Após o início do cumprimento da pena definitiva, é que se fala em progressão de regime, embora excepcionalmente se tenha admitido a aplicação do instituto antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, razão pela qual a competência para aplicação do instituto é do Juízo da execução. Na progressão, são observados critérios legais objetivos e subjetivos, dentre eles o tempo de cumprimento da pena, o que conduz à modificação do regime após determinado lapso temporal. Portanto, ao refazer a dosimetria, deveria o Juízo de origem ter descontado o tempo de prisão provisória antes de fixar o regime inicial, e não calcular o tempo necessário para a progressão de regime". Ainda: "O parágrafo 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, vale dizer, a detração do período de segregação cautelar deve ser considerada já no estabelecimento do regime inicial pela decisão condenatória. Ainda, tem-se que as alterações trazidas pelo diploma legal supramencionado não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que o Magistrado sentenciante não houver adotado tal providência" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 576576, j. 18/08/2020).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(TRF2 – 2017 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, não deverá ser computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade".

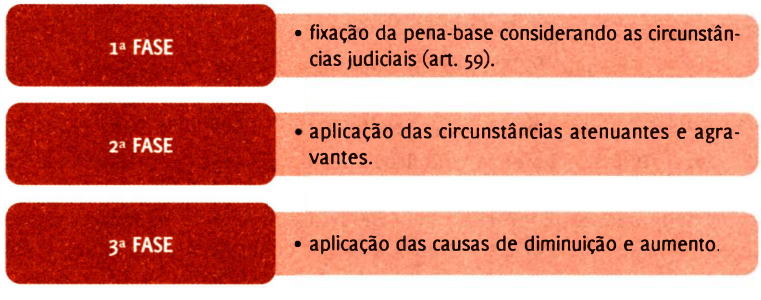
(FAPEMS – 2017 – PC-MS – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A detração penal é instituto jurídico relacionado com a aplicação da pena, de observação obrigatória na sentença, consistindo na redução de um dia de prisão para cada dia trabalhado durante a prisão cautelar, seja ela preventiva ou temporária".

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O tempo em que o condenado permaneceu preso preventivamente não deve ser computado na execução da pena privativa de liberdade devido à natureza processual da prisão preventiva".

Capítulo III

Aplicação das penas privativas de liberdade

O CP adotou o modelo trifásico (de Nélson Hungria) na aplicação da pena privativa de liberdade. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 do Código Penal; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento (CP, art. 68).



Na **primeira fase**, o juiz fixará a pena-base analisando as oito circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do CP. A pena deverá ser fixada entre os limites legais, ou seja, não pode ficar aquém do mínimo nem acima do máximo abstratamente cominado. Na **segunda fase** considerará as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes), previstas nos artigos 61 a 66 do CP, respeitando também os limites legais. Depois, na **terceira fase**, irá considerar as causas de diminuição e de aumento, sendo que estas poderão elevar a pena acima do máximo cominado ou deixá-las aquém do mínimo.

O juiz deverá observar a ordem das fases e não poderá haver compensação entre elas. Entretanto, pode ocorrer que não exista no caso concreto nenhuma da circunstância agravante ou atenuante, bem como causa de aumento ou de diminuição, hipótese em que a pena-base (1ª fase) será a pena definitiva.

O critério trifásico aplicado na dosimetria da pena encontra-se em conformidade ao princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI).

Após a fixação da pena privativa de liberdade, observando as três fases, o juiz estabelecerá o regime inicial de cumprimento da pena (art. 59, III) e, em seguida, verificará a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena (art. 59, IV).

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Não é possível a incidência de uma causa de aumento de pena sobre a pena resultante da incidência de uma qualificadora".

(MP-GO – 2016 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "As majorantes e minorantes, também conhecidas como causas de aumento e de diminuição de pena, são encontradiças em nosso Código Penal, tanto na Parte Geral, quanto na Parte Especial, especificando o quantum do aumento ou da diminuição da pena em frações, dobro ou triplo, por exemplo. São aplicadas na terceira e última fase da Sentença Penal Condenatória. As agravantes e atenuantes somente são encontradas em nosso Código Penal na Parte Geral e não dizem o quantum irão agravar ou atenuar a pena do autor delituoso, ficando a critério do juiz. Este poderá reconhecer a existência de atenuantes inominadas. As agravantes e atenuantes são aplicadas na segunda fase da dosimetria da pena. Já as qualificadoras somente são encontradas na Parte Especial do Código Penal, constituindo-se em um verdadeiro tipo qualificado, que piora a situação do autor do delito, possuindo um novo mínimo e um novo máximo da pena em abstrato mais gravoso em relação ao tipo fundamental ou básico. Situa-se na primeira fase da dosimetria da pena".

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Segundo a doutrina dominante e o CP, o juiz, ao aplicar a pena, deve (...) considerar eventuais causas de aumento de pena do condenado na segunda fase da dosimetria".

(FEPESE – 2012 – DPE-SC – Defensor Público) *Questão discursiva:* "O sistema de aplicação de pena previsto no Código Penal (chamado de "trifásico") é dividido em três fases bem definidas. Explique cada uma delas, identificando os principais dispositivos que a elas se referem e indicando a forma como se realiza a dosimetria em cada fase".

(TJ-SP – 2011 – Juiz de Direito) *Questão discursiva:* "DA APLICAÇÃO DA PENA. Princípios constitucionais relacionados com a aplicação da pena. Fixação da pena. Sistema adotado pelo Código Penal. Fases da fixação da pena. Circunstâncias judiciais. Circunstâncias legais. Causas especiais de aumento e de diminuição da pena. Distinção entre as causas especiais de aumento e de diminuição da pena, as qualificadoras e as agravantes e atenuantes genéricas".

(TRF3 – 2010 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na individualização da pena o juiz levará em conta as circunstâncias judiciais, em seguida as circunstâncias atenuantes e agravantes, cujo resultado poderá ser compensado com as causas de aumento ou diminuição, quando estas últimas forem cabíveis".

1. PENA-BASE (1ª FASE)

Fixação da pena

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima,

> estabelecerá, conforme seja necessário o suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos (...).

1.1. Regras gerais

Na primeira fase o juiz fixará a **pena-base** dentro dos *limites legais* e segundo as oito **circunstâncias judiciais** descritas do art. 59 do CP.

Exemplos de limites legais: furto simples (CP, art. 155, *caput*): de 1 a 4 anos de reclusão; furto qualificado (CP, art. 155, § 4º): de 2 a 8 anos de reclusão; homicídio simples (CP, art. 121, *caput*): de 6 a 20 anos de reclusão; homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º): de 12 a 30 anos de reclusão.

A lei não dispõe sobre o *quantum* de cada circunstância judicial. Fica a critério do juiz, mas deve haver proporcionalidade no sopesamento e análise de cada uma das oito circunstâncias. De qualquer modo existem duas orientações que prevalecem como vetores da proporcionalidade. Vejamos:

1ª orientação: 1/8 para cada circunstância desfavorável, considerando como parâmetro o intervalo entre a pena mínima e máxima. Exemplo: o crime de roubo comina pena de reclusão de 4 a 10 anos, ou seja, o intervalo é de 6 anos (72 meses). Cada circunstância equivaleria a 9 meses. Nesse sentido: "Considerando a presença de duas circunstâncias judiciais desabonadoras e o aumento ideal de 1/8 por cada uma delas, descabe falar em excesso na dosagem da pena, considerando o intervalo de apenamento do delito de furto qualificado, o qual corresponde a 72 meses, o que permitiria o incremento de 9 meses por vetor negativado (...)" (STJ, 5ª T., HC 539.130, j. 07/11/2019).

2ª orientação: 1/6 para cada circunstância desfavorável, considerando como parâmetro a pena-mínima. Exemplo: o crime de roubo comina pena mínima de 4 anos de reclusão (48 meses). Cada circunstância equivaleria a 6 meses. Nesse sentido: "O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada vetorial desfavorecida" (STJ, 5ª T., HC 464.591, j. 07/02/2019). No mesmo sentido: "Prevalece neste Superior Tribunal que cada vetorial desfavorecida, na primeira etapa da dosimetria, enseja a exasperação de 1/6 sobre a reprimenda mínima, caso não haja motivação específica que justifique a elevação acima desse patamar" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 607497, j. 22/09/2020).

Se inexistentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base deve ser fixada no mínimo. Apesar de haver posicionamentos em sentido contrário, nada impede que a pena-base seja fixada no máximo: "Para a fixação da pena-base no máximo legal é imprescindível que se proceda à devida fundamentação, ou seja, que o quantum estabelecido obedeça o princípio da razoabilidade e que esteja amparado em dados concretos e nas circunstâncias insertas no art. 59 do Código Penal" (STJ, 5ª T., HC 102.569). Ainda: "É válida a imposição da pena-base

no quantum máximo previsto para o delito pelo qual o paciente foi condenado, porquanto foram indicados elementos demonstrativos da particular e acentuada reprovabilidade da conduta perpetrada pelo réu - estupro contra criança, com violência real e presumida, em que ocorreu a transmissão de doença incurável e possivelmente letal à vítima - e das consequências gravosas dela decorrentes - limitações permanentes à ofendida, além de severo trauma psicológico" (STJ, 6ª T., HC 335.748, j. 14/11/2017). Idem: (...) 4. A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos a cada um dos vetores, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, não há impedimento a que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (...). 5. Agravo regimental não provido" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1732520, j. 07/11/2019); "Quanto ao critério numérico de aumento ou diminuição para circunstância judicial considerada negativa, vale registrar que a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, **é possível que 'o magistrado fixe a pena-base no máximo legal**, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto'" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 592442, j. 20/10/2020).

Sobre o tema é esclarecedora a seguinte decisão do STF: "A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o *caput* do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal; quando superior, deve ser fundamentada à luz das circunstâncias judiciais previstas no *caput* do art. 59 do Código Penal, de exame obrigatório" (HC 76196).

Apesar de o juiz iniciar a aplicação da pena analisando as circunstâncias judiciais, elas possuem natureza **residual** e somente serão levadas em consideração no *quantum* se não constituírem qualificadoras ou privilégios, causas de aumento ou de diminuição, agravantes ou atenuantes.

Se houver qualificadora (circunstância que altera o mínimo e máximo da pena), os limites legais serão alterados, refletindo em todo o processo dosimétrico. Ex.:

basta uma qualificadora no crime de homicídio para que os limites se alterem de reclusão de 6 a 20 anos para reclusão de 12 a 30 anos. No entanto, havendo *pluralidade de qualificadoras* (ex.: homicídio praticado por *motivo fútil* e com emprego de *veneno*), tem-se os seguintes posicionamentos:

1º) Uma será utilizada para qualificar o crime, devendo ser as demais consideradas na segunda fase da aplicação da pena, como *circunstâncias agravantes*, se previstas em lei. Não havendo previsão como agravantes, devem ser utilizadas como *circunstâncias judiciais desfavoráveis* na primeira fase. Nesse sentido: "Segundo jurisprudência deste Tribunal, uma vez reconhecida mais de uma qualificadora, uma delas implica o tipo qualificado, enquanto as demais podem ser utilizadas para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, caso previstas no art. 61 do Código Penal, ou ensejar, de forma residual, a exasperação da reprimenda-base" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1720767, j. 09/10/2018). Ainda: "Havendo pluralidade de qualificadoras, utiliza-se uma delas para justificar o tipo penal qualificado, podendo as demais serem empregadas na segunda fase de aplicação da pena, como agravantes, ou, residualmente, na primeira fase, como circunstâncias judiciais, não havendo falar em *bis in idem* ou ilegalidade na utilização de uma das qualificadoras do crime do art. 148, § 1º, I e IV, do Código Penal, como circunstância judicial" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 592265, j. 15/09/2020).

2º) Aplica-se uma como qualificadora e as demais deverão ser consideradas como circunstâncias judiciais (1ª fase). As demais não devem ser utilizadas como circunstâncias agravantes (2ª fase), já que estas serão aplicadas somente se não qualificarem o crime.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Na aplicação da pena, se concorrerem duas qualificadoras em um mesmo crime, aceita a jurisprudência que só uma delas incida como tal, podendo a outra servir como circunstância agravante, se cabível".

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na aplicação da pena, as qualificadoras, representando fatores de acréscimo assinalados em quantidades fixas ou em limites, incidem na terceira fase do cálculo, não permitindo, contudo, a fixação da pena acima do máximo legal".

1.2. Circunstâncias judiciais

1.2.1. *Culpabilidade*

Trata-se do juízo de censurabilidade que recai sobre o fato típico e ilícito realizado pelo agente.

Para Delmanto, "deve aferir-se o maior ou menor índice de *reprovabilidade* do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu" (*Código Penal Comentado*, p. 273).

Não é pacífica na doutrina essa concepção de *culpabilidade* descrita no art. 59, tendo em vista a confusão de **culpabilidade como grau de mensuração da pena** e **culpabilidade integrante do conceito analítico do crime (conceito tripartido) ou pressuposto de aplicação da pena (conceito bipartido).**

A propósito: "Quanto à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso, considerando que o crime foi minuciosamente premeditado, com o com divisão de tarefas entre os agentes e, inclusive, o emprego de dois carros de apoio na senda criminosa, dever ser mantida a elevação da pena-base pelo maior grau de censura do agir do ora paciente" (STJ, 5ª T., HC 616198, j. 03/11/2020).

A *imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa* (componentes da culpabilidade) são aferidas pelo juiz na análise de um dos extratos do crime e, por consequência, para lastrear a condenação. Tem-se aqui um **juízo qualitativo**.

Posteriormente, na fixação da pena, o julgador irá se deparar novamente com a culpabilidade. Porém, nesse momento, para que não ocorra o odioso *bis in idem*, não irá repetir o mesmo juízo da culpabilidade que fundamenta a condenação. Considera-se nessa fase o **grau de culpabilidade (juízo quantitativo)**, tendo em mente que restou para trás o juízo qualitativo da culpabilidade.

Na mesma ótica, Juarez Cirino dos Santos (*Direito Penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 562), após ressaltar a diferença entre juízo qualitativo e juízo quantitativo de culpabilidade, esclarece que são os seguintes os parâmetros a serem observados na análise desta: a) graduação do nível de consciência do injusto no psiquismo do autor; e b) grau de exigibilidade de comportamento diverso de autor consciente de tipo de injusto. Ou seja, verifica-se o grau da capacidade de entendimento da ilicitude do fato e o grau de autodeterminação.

Como decidiu o STF: "O constrangimento surge, contudo, da ilegalidade da majoração da pena-base pela culpabilidade considerada 'incisiva', ao fundamento de que o recorrente era 'plenamente imputável, cônscio da reprovabilidade de sua conduta, sendo que outra lhe era exigida'. Confundiu-se, no ponto, a culpabilidade a que se refere o art. 59 do C. Penal com o elemento subjetivo da infração penal, que a doutrina discute ser pressuposto de aplicação da pena (teoria bipartida) ou elemento do crime (teoria tripartida)" (1ª T, RE 427339, j. 05/04/2005).

Segundo Nucci, a culpabilidade, prevista no art. 59, "é o conjunto de todos os demais fatores unidos. Assim, antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso" (*Código Penal Comentado*, p. 356). Assevera o autor que não se despreza, no entanto, a denominada *intensidade do dolo* ou *grau de culpa*. Mas, para tanto, esses dados devem ser verificados no cenário da personalidade do agente, nos motivos ou circunstâncias do crime.

A circunstância judicial *culpabilidade* não era prevista antes da reforma penal de 1984. Sua introdução veio substituir o critério "intensidade do dolo ou grau de culpa". Diante desse cenário, discute-se se esses critérios ainda poderão ser levados em consideração na fixação da pena-base. Para Nucci, não se pode desprezá-los, mas, para tanto, esses dados devem ser verificados no campo da personalidade do agente ou da motivação (*Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 174). De acordo com Bitencourt, maior será a censura quanto maior for a intensidade do dolo (*Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 664).

Para Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, deve ser observada pelo juiz "a posição do agente frente ao bem jurídico violado: (a) de menosprezo total (que se dá no dolo direto); (b) de indiferença (que ocorre no dolo eventual) e de (c) descuido (que está presente nos crimes culposos)" (*Direito Penal. Parte Geral. Vol. 2*, p. 514).

INTENSIDADE DO DOLO

O dolo é aferido para fins da tipicidade da conduta. Assim, parte da doutrina sustenta que não há de ser considerado no momento da dosimetria da pena. Em sentido contrário, sustenta-se que é perfeitamente possível a aferição do grau ou intensidade do dolo na fixação da pena. Nesse sentido: "A elevação da pena-base sob o título da culpabilidade restou suficientemente fundamentada, haja vista a constatação que o paciente, além de desferir vários tiros contra as vítimas, muitos deles foram realizados pelas costas, o que demonstra maior grau de reprovabilidade da conduta e a intensidade do dolo do agente" (STJ, 5ª T., HC 298714, j. 15/09/2016). Idem: "A intensidade do dolo é circunstância a ser valorada na fixação da pena-base, porquanto diz respeito ao juízo de reprovação ou censura da conduta, que deve ser graduada no momento da individualização da reprimenda" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1529699, j. 19/06/2018). Idem: "A fixação da pena-base acima do mínimo legal encontra fundamento, pois a conduta extrapolou o tipo penal, uma vez que o Réu agiu com brutalidade e barbaridade, desferindo sequência de socos e chutes contra a cabeça da vítima caída e desacordada, revelando intensidade acentuada do dolo. Tais elementos caracterizam culpabilidade exacerbada, o que merece maior reprovação, como consignado na sentença" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 524573, j. 12/05/2020).

1.2.2. Antecedentes

Neste tópico verifica-se se o agente já praticou outras infrações penais. Para a **comprovação dos maus antecedentes,** basta a folha de antecedentes criminais, dispensando-se a apresentação de certidão cartorária. Nesse sentido a **Súmula 636 do STJ**: "A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência".

Exemplo: o juiz está proferindo sentença condenatória no dia 10/01/2020 por um crime que o agente praticou em 01/01/2019. Na folha de antecedentes, o magistrado verifica a existência de outro crime praticado pelo agente em 10/03/2015, com trânsito em julgado em 20/10/2019. Neste caso, a condenação anterior tem o efeito de gerar antecedentes. A propósito: "(...) plenamente viável que a condenação por fato anterior à infração penal em processo de dosimetria, mas com

trânsito em julgado superveniente a ela, seja utilizada como circunstância judicial negativa" (STJ, 5ª T., HC 443.678, j. 21/03/2019).

"No Superior Tribunal de Justiça, há o entendimento de que o conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 509034, j. 06/10/2020).

Inquéritos policiais e ações penais em andamento. Discute-se se podem ser utilizados como antecedentes. Segundo posicionamento do STJ, essa situação violaria o princípio da presunção da não culpabilidade/inocência. A matéria é objeto da **Súmula 444 do STJ**: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". *Exemplo:* o juiz está proferindo sentença condenatória no dia 10/01/2020 por um crime que o agente praticou em 01/01/2019. Na folha de antecedentes, o magistrado verifica a existência de vários inquéritos policiais e ações penais envolvendo o agente. Inclusive, em uma ação penal consta condenação, mas sem trânsito em julgado. Neste caso, pela posição do STJ, estes registros não podem ser considerados como antecedentes, nem como qualquer outra circunstância judicial desfavorável.

No RE 591054, decidindo o tema 129 da Repercussão Geral, o STF firmou a tese de que **a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena** (STF, Pleno, RE 591054, j. 17/12/2014). Idem: "O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente" (STF, 2ª T., RE 1283996 AgR, j. 11/11/2020).

Condenação que gera reincidência. Pode ocorrer que a condenação pela prática de um crime anterior gere reincidência e, como tal, será considerada na segunda fase como circunstância agravante (art. 61, I, do CP). *Exemplo:* o juiz está proferindo sentença condenatória no dia 10/01/2020 por um crime que o agente praticou em 01/01/2019. Na folha de antecedentes, o magistrado verifica a existência de outro crime praticado pelo agente em 10/03/2015, com trânsito em julgado em 20/10/2018. Neste caso, a condenação anterior tem o efeito de gerar reincidência, uma vez que o novo crime (01/01/2019) foi cometido depois da data do trânsito em julgado do crime anterior.

Condenação por fato posterior. "Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, não é possível considerar a condenação transitada em julgado, correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, para valorar negativamente antecedentes, conduta social ou personalidade do agente" (STJ, 5ª T., HC 443.678, j. 21/03/2019). *Exemplo:* o juiz está proferindo sentença condenatória no dia 10/01/2020 por um crime que o agente praticou em 01/01/2019. Na folha de

antecedentes, o magistrado verifica a existência de outro crime praticado pelo agente em 10/03/2019, com trânsito em julgado em 20/10/2019. Neste caso, a condenação anterior não tem o efeito de gerar reincidência, uma vez que o novo crime (01/01/2019) foi cometido antes da data do trânsito em julgado do crime anterior.

Fato anterior e trânsito em julgado posterior: "A condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 563848, j. 19/05/2020).

Sistema da perpetuidade. O CP não impõe um limite máximo para se considerar uma condenação anterior a título de antecedentes, de sorte que uma condenação pela prática de um crime na década de 80 pode ser considerada como antecedentes. Isso não ocorre na figura da agravante da *reincidência* (veremos mais adiante). A propósito: "Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC – que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, certo é que, por ora, tanto a Quinta quanto a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça possuem o entendimento consolidado de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas a título de maus antecedentes" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 471.346, j. 21/05/2019). Idem: "O tempo transcorrido após o cumprimento ou extinção da pena não opera efeitos quanto à validade da condenação anterior, para fins de valoração negativa dos antecedentes, como circunstância judicial desfavorável. Isso porque o Código Penal adotou o **sistema da perpetuidade**, haja vista que o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), hipótese em que vigora o **sistema da temporariedade**" (STJ, 5ª T., HC 602237, j. 03/11/2020).

Contravenção penal. "Não há ilegalidade na exasperação da pena-base no caso, pois não obstante não caracterize reincidência, a contravenção penal pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 396444, j. 12/06/2018). Ainda: "(...) sabe-se que a condenação definitiva anterior por contravenção penal não gera reincidência, caso o agente cometa um delito posterior, porquanto o art. 63 do Código Penal é expresso em sua referência a novo crime. Contudo, não obstante não caracterize reincidência, a contravenção penal pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 612700, j. 06/10/2020).

Unicidade de condenação e princípio do 'non bis in idem'. A utilização da mesma condenação para fins de maus antecedentes (1ª fase) e reincidência (2ª fase) viola o princípio do *non bis in idem*. Porém, não haverá violação a utilização de condenações distintas e com trânsito em julgado. Sobre o tema deve-se observar o teor da **Súmula 241 do STJ:** "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

Multiplicidade de condenações transitadas em julgado. "Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte". 3. A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios – referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social). Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social. 4. Havendo uma circunstância judicial específica destinada à valoração dos antecedentes criminais do réu, revela-se desnecessária e "inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente" (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017). Tal diretriz passou a ser acolhida mais recentemente pela colenda Sexta Turma deste Tribunal: REsp 1760972/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 04/12/2018 e HC 472.654/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019. Uniformização jurisprudencial consolidada (...)" (STJ, 3ª Seção, EAREsp 1311636, j. 10/04/2019). No mesmo sentido: "A Terceira Seção desta Corte Superior firmou a compreensão de que 'eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente'" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 500708, j. 02/06/2020).

Antecedentes e princípio do 'non bis in idem'. Se a condenação pelo crime anterior for considerada para fins de antecedentes haverá dupla punição pelo mesmo fato, segundo posição minoritária. A primeira punição será a condenação do crime anterior; a segunda se dá com a elevação da pena do crime seguinte ao se considerar o fato criminoso anterior como antecedente. Exemplo: o juiz proferiu sentença condenatória no dia 10/01/2020 por um crime que o agente praticou em 01/01/2019 (crime 2), tendo considerado como antecedentes a existência de outro crime praticado pelo agente em 10/03/2015 (crime 1), com trânsito em julgado em 20/10/2019. Na condenação do "crime 2", em razão dos antecedentes, houve a exasperação na pena-base em 06 meses. Verifica-se, então, a dupla punição pelo mesmo fato (em relação ao "crime 1"). A primeira, que se dá com

a condenação pela sua prática; a segunda, ao se considerar o "crime 1" para elevar a pena do "crime 2". No exemplo, os seis meses a mais na fixação da pena se deram exclusivamente em razão do "crime 1".

Antecedentes e Direito Penal do autor. Existe posicionamento não predominante no sentido de que a análise dos antecedentes e da conduta social afronta o princípio da secularização, demonstrando a ideia de culpabilidade de autor (direito penal do autor) em detrimento da culpabilidade de fato (direito penal do fato). Asseveram Salo de Carvalho e Amilton Bueno que "Se no juízo da culpabilidade, como vimos, já existe forte tendência em subverter o direito penal do fato em prol de um direito penal do autor, quando da avaliação dos antecedentes e da conduta social esta opção fica nítida. A eleição legal é fortalecida ainda mais pela obrigatoriedade de o magistrado valorar a personalidade do autor do fato" (*Aplicação da Pena e Garantismo*, p. 53).

Atos infracionais. Existe divergência acerca da utilização dos atos infracionais na dosimetria da pena. Prevalece no STJ a impossibilidade de aumento da pena-base: "Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, os atos infracionais anteriormente registrados pelo sentenciado, por não configurarem infrações penais, são inidôneos para subsidiar o aumento da pena base, seja a título de maus antecedentes, personalidade desfavorável ou conduta social inadequada" (STJ, 5ª T., HC 406.943, j. 14/09/2017); "(...) 3. Não é possível a utilização de atos infracionais anteriores como fundamento para majorar a pena-base no âmbito penal. Precedentes" (STJ, 6ª T., HC 465647, j. 18/10/2018). Idem: STJ, 5ª T., RHC 118.902, j. 22/10/2019.

Obs.: embora o próprio STJ não admita a utilização de **atos infracionais anteriores** como fundamento para majorar a pena-base, aceita a sua valoração para outros fins, a saber:

1) *Prisão preventiva:* "A prática de atos infracionais constitui elemento capaz de demonstrar o risco concreto de reiteração delituosa, constituindo fundamento idôneo à decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública" (STJ, 5ª T., HC 524.841, j. 17/10/2019).

2) *Afastamento do tráfico privilegiado:* "A Terceira Seção desta Corte de Justiça tem manifestado o entendimento de que é possível a utilização de atos infracionais para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006" (STJ, 6ª T., AgRg no HC n. 488.570, j. 13/08/2019).

No mesmo sentido: "No tocante à consideração de atos infracionais anteriores na dosimetria da pena, esta Corte é uníssona no sentido de que não podem ser sopesados na apuração de maus antecedentes para elevar a pena-base, tampouco para induzir a reincidência. Entretanto, este Tribunal tem evoluído, entendendo que os antecedentes infracionais podem indicar uma inclinação do agente a práticas delitivas, sendo inclusive, fundamento idôneo para manutenção da segregação cautelar. Considerando que um dos requisitos para concessão da benesse é o agente não se dedicar a atividades criminosas, é certo que o envolvimento do

paciente quando menor em atos infracionais, inclusive relacionados ao crime de tráfico, é elemento idôneo a afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demonstra uma propensão do agente a práticas criminosas" (STJ, 5ª T., HC 618098, j. 03/11/2020).

MAUS ANTECEDENTES

Em resumo, foram vistas neste tópico as seguintes situações que geram maus antecedentes:

1) Condenação por fato anterior à infração penal em processo de dosimetria, mas com trânsito em julgado superveniente a ela;
2) Condenações (com trânsito em julgado) atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas a título de maus antecedentes;
3) A contravenção penal (com trânsito em julgado) pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC - 2019 - MP-MT - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena".

(CESPE - 2018 - Polícia Federal - Delegado de Polícia Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Valter, maior e capaz, foi preso preventivamente em uma das fases de uma operação policial. Ele já era réu em outras três ações penais e estava indiciado em mais dois outros IPs. Nessa situação, as ações penais em curso podem ser consideradas para eventual agravamento da pena-base referente ao crime que resultou na prisão preventiva de Valter, mas os IPs não podem ser considerados para essa mesma finalidade".

(VUNESP - 2017 - TJ-SP - Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Na aplicação da pena: é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, configurando-se, porém, a má antecedência se o acusado ostentar condenação por crime anterior, transitada em julgado após o novo fato".

(FAURGS - 2016 - TJ-RS - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Consoante o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência penal pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

(CESPE - 2016 - TJ-DFT - Juiz de Direito) À luz da jurisprudência sumulada do STJ, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Embora seja vedada a utilização de inquéritos policiais em andamento para aumentar a pena-base, é possível a utilização de ações penais em curso para requerer o aumento da referida pena".

FAURGS - 2016 - TJ-RS - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Segundo a orientação jurisprudencial dominante no Superior Tribunal de Justiça, processos criminais em andamento não poderão ser valorados como prova de antecedentes criminais, salvo na hipótese de já terem sido objeto de sentença condenatória sobre a qual se aguarda o julgamento de recursos defensivos".

(CESPE – 2015 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "De acordo com preceito expresso do CP, a reincidência penal não pode ser considerada, ao mesmo tempo, circunstância agravante e circunstância judicial, ainda que o sentenciado seja reincidente em mais de um delito".

(FCC – 2015 – TJ-SC – Juiz de Direito) "Sobre a utilização de inquéritos policiais ou as ações penais em curso como fundamento para aumentar a pena, é correto afirmar: a) É cabível na segunda fase e terceira fase de individualização da pena, mas não pode intervir sobre a fixação da pena-base; b) Embora não esteja expressamente prevista como circunstância agravante, pode ser considerada agravante genérica com especial permissão de emprego no processo individualizador da pena; c) Integra espectro compreendido no chamado princípio do livre convencimento do juiz que pode utilizá-la como causa geral de aumento de pena; d) É considerada circunstância agravante expressamente prevista no art. 61 do Código Penal; e) Não é reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que editou, inclusive, súmula sobre o tema". **Gabarito: E.**

(MPF – 24º Concurso – Procurador da República) *Questão discursiva:* "Comente sobre os limites da apreciação dos antecedentes do réu na individualização judicial da pena".

1.2.3. *Conduta social*

Compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. A propósito: "Quanto à conduta social, para fins do art. 59 do CP, esta corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental" (STJ, 5ª T., HC 525.721, j. 17/09/2019); "Na espécie, a propósito da circunstância judicial relativa à conduta social, o Magistrado sentenciante apreciou o comportamento do sentenciado no seu ambiente familiar e na convivência em sociedade, destacando seu envolvimento com o tráfico de drogas e o emprego de violência para a prática de suas atividades, elementos suficientes a justificar a exasperação da reprimenda básica" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 558590, j. 15/09/2020).

Os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Assim, não se pode utilizar condenações criminais anteriores para aferir a conduta social desfavorável. Nesse sentido: "1. É cediço na jurisprudência desta Corte Superior que as condenações transitadas em julgado anteriormente, não utilizadas a título de reincidência, não constituem fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social como inadequada". Precedentes. 2. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do EARESP n. 1.311.636, realizado em 10/04/2019, por maioria, firmou precedente segundo o qual as diversas condenações pretéritas devem ser atreladas apenas aos maus antecedentes, pois constitui, no mínimo, uma atecnia entender que as condenações transitadas em julgado refletem negativamente na personalidade ou na conduta social do agente. Isso sem contar que é dado ao julgador atribuir o peso que achar mais conveniente e justo a cada uma das circunstâncias judiciais, o que lhe permite valorar de forma mais enfática os antecedentes criminais do réu com histórico de múltiplas condenações definitivas. 3.

Na espécie, verifica-se que o réu ostenta extensa ficha de condenações criminais transitadas em julgado anteriormente, 4 (quatro) das quais foram indevidamente utilizadas pelas instâncias ordinárias para sopesar a pena-base, mediante a valoração negativa das circunstâncias judiciais atinentes à personalidade e à conduta social do agente, o que deve ser afastado" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1442287, j. 23/04/2019). No mesmo sentido: "A jurisprudência desta Suprema Corte (e a do Superior Tribunal de Justiça) orienta-se no sentido de repelir a possibilidade jurídica de o magistrado sentenciante valorar negativamente, na primeira fase da operação de dosimetria penal, as circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social, quando se utiliza, para esse efeito, de condenações criminais anteriores, ainda que transitadas em julgado, pois esse específico aspecto (prévias condenações penais) há de caracterizar, unicamente, maus antecedentes" (STF, 2ª T., RHC 144337 AgR, j. 05/11/2019).

Ressalte-se que, se nem mesmo condenações criminais definitivas devem ser consideradas como conduta social, com maior razão não também não o podem inquéritos policiais e processos penais em andamento, nos termos da **Súmula 444 do STJ.**

Obs.: há decisões em sentido contrário: "Nos termos do entendimento desta Corte, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado pode justificar validamente a elevação da pena-base, tanto como maus antecedentes, bem como conduta social e personalidade, desde que diferentes as condenações consideradas, sob pena de bis in idem" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 589320, j. 08/09/2020).

Crime cometido durante livramento condicional ou regime aberto de crime anterior: "A prática delitiva no curso de cumprimento de pena por crime anterior - seja em razão do regime que propicie contato com a sociedade, ou por benefícios externos - é circunstância apta a demonstrar conduta social inadequada, diante do propósito de tais medidas de buscar a ressocialização do agente" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1139616, j. 05/04/2018). Idem: STJ, 5ª T., HC 493.473, j. 26/03/2019.

Desemprego e ausência de vínculo empregatício: "A circunstância judicial da conduta social não pode ser negativada tão somente pela ausência de vínculo empregatício. O fato de o acusado não possuir emprego fixo também não constitui argumento apto a autorizar a elevação da pena-base a título de má conduta social, tendo em vista que, diante da realidade social brasileira, a falta de emprego é, na verdade, um infortúnio da maior parte da população, e não algo tencionado (HC n. 226.547/RJ, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 14/12/2012)" (STJ, 6ª T., REsp 1541722, j. 03/05/2016).

Lei de Drogas: "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a **conduta social** do agente" (art. 42 da Lei 11.343/06).

1.2.4. *Personalidade*

São as características psicológicas da pessoa. É formada de modo gradual e determinará a individualidade pessoal e social. De acordo com o STJ, "A valoração da personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo,

no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatórios dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. Não se admite, pois, que seja presumido que o réu ostenta personalidade distorcida em razão da gravidade do próprio delito ou com fundamento em condenação por fato posterior ao apurado nos autos" (STJ, 5ª T., HC 566684, j. 09/06/2020).

Apesar de ainda ser majoritária nos Tribunais a possibilidade da aplicação desta circunstância, trata-se, para parte minoritária da doutrina e jurisprudência, de afronta ao princípio da culpabilidade do fato. Isto porque a pessoa não pode sofrer sancionamento pela sua personalidade, pois cada um a tem como entende, de modo que, na verdade, a sua previsão no ordenamento e sua aplicação revela o direito penal de autor.

Existe uma forte corrente doutrinária e jurisprudencial no sentido de somente se aceitar a personalidade na dosimetria da pena se houver prova pericial elaborada por **profissional competente**. O juiz não possui conhecimento para traçar a personalidade do condenado. No entanto, conforme o STJ, **a perícia é dispensável**, mas deve haver a sua demonstração em dados concretos. Vejamos: "(...) 4. A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, sendo necessário para a sua valoração negativa a demonstração concreta de desvio de personalidade, independentemente de perícia. No caso, não restou declinada motivação concreta para o incremento da reprimenda, sendo que as circunstâncias do delito já foram sopesadas ao negativar o modus operandi do crime, o que configura indevido bis in idem. Além disso, não basta para qualificar como negativa a personalidade do agente expressões como 'personalidade voltada para a prática de crimes'. 5. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada" (STJ, 5ª T., HC 525.851, j. 24/09/2019). Ainda: "A valoração da personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatórios dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. Não se admite, pois, que seja presumido que o réu ostenta personalidade distorcida em razão da gravidade do próprio delito ou com fundamento em condenação por fato posterior ao apurado nos autos" (STJ, 5ª T., HC 566684, j. 09/06/2020).

Condenação criminal transitada em julgado para fins de desvalorar a personalidade (inadmissibilidade): "(...) 2. No caso, a Corte de origem manteve a análise desfavorável da personalidade destacando que o fato do paciente responder a outros processos e ter praticado outros fatos delituosos denota uma personalidade 'desvirtuada'. 3. Acerca de condenações anteriores, a Quinta Turma deste

Superior Tribunal de Justiça, alterando seu posicionamento sobre o tema, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada. 4. Ainda sobre o tema, em recente julgado, a Terceira Seção desta Corte Superior dispôs que **'Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente'** (EAREsp n. 1.311.636/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 26/4/2019). 5. Se condenações com trânsito em julgado não podem ser consideradas para a análise negativa da personalidade do agente, muito menos se admite que condenações sem trânsito em julgado ou processos em andamento, como se verifica no presente caso, possam fundamentar a personalidade do agente como voltada para a prática criminosa" (STJ, 5ª T., HC 609520, j. HC 609520, j. 03/11/2020).

Obs.: há decisões em sentido contrário: "Nos termos do entendimento desta Corte, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado pode justificar validamente a elevação da pena-base, tanto como maus antecedentes, bem como conduta social e personalidade, desde que diferentes as condenações consideradas, sob pena de bis in idem" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 589320, j. 08/09/2020).

Lei de Drogas: "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a **personalidade** e a conduta social do agente" (art. 42 da Lei 11.343/06).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2019 – MP-MT – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Condenações transitadas em julgado constituem fundamento idôneo para análise desfavorável da personalidade do agente, se prestando para fundamentar a exasperação da pena-base como personalidade voltada para o crime".

(FCC – 2019 – MP-MT – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na dosimetria da pena, as condenações por fatos posteriores ao crime em julgamento podem ser utilizadas como fundamento para valorar negativamente a culpabilidade, a personalidade e a conduta social do réu".

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Segundo a jurisprudência dominante do STF, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A circunstância judicial da personalidade do agente, por ser própria do direito penal do autor, não foi recepcionada pela Constituição de 1988".

1.2.5. Motivos

São as causas que inspiraram o agente a praticar o crime. Os motivos podem ser nobres ou não.

Se o motivo do crime constar no próprio tipo penal como elementar não poderá ser considerado para a exasperação da reprimenda na primeira fase.

Ex.: "A intenção de obter dinheiro pela prática criminosa é inerente ao delito de extorsão mediante sequestro, delito de natureza patrimonial. Assim, também não se presta para desvalorar os motivos do crime" (STJ, 6ª T., REsp 1760355, j. 04/06/2019).

Como já explicado, as circunstâncias judiciais são residuais. Com efeito, se o motivo for utilizado como qualificadora ou privilégio, causa de aumento ou de diminuição, agravante ou atenuante, não poderá ser considerado circunstância judicial. Ex.: 'A' é condenado por lesão corporal. O crime foi praticado por motivo fútil. Na aplicação da pena o motivo fútil será considerado na segunda fase (circunstância agravante – art. 61, II), de sorte que não poderá ser considerado na primeira.

1.2.6. *Circunstâncias do crime*

São os dados relacionados com o tempo e lugar do crime, bem como com a maneira de sua execução. Não devem ser utilizadas aqui as circunstâncias que serão consideradas como privilegiadoras ou qualificadoras, atenuantes ou agravantes, causas de aumento ou de diminuição. A propósito: "No que se refere às circunstâncias do delito, essas possuem relação com o modus operandi veiculado no evento criminoso. Desse modo, conclui-se que a referida vetorial foi devidamente valorada na fixação da sanção básica do crime, haja vista que se baseou em dado concreto, diante do abuso de confiança e da fraude, tendo o juiz sentenciante utilizado de tais fundamentos para elevar a pena-base, enquanto o concurso de agentes serviu para qualificar o crime, não havendo, portanto, bis in idem" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1383669, j. 21/03/2019).

Obs.: a gravidade abstrata do crime não pode ser considerada como circunstância judicial. Isto porque o legislador já a considerou no momento da cominação das penas mínima e máxima.

1.2.7. *Consequências do crime*

Refere-se à mensuração do dano ocasionado pelo delito, principalmente para a vítima e seus familiares. De acordo com o STJ, "As consequências do crime se relacionam ao abalo social da conduta delituosa, bem como à extensão e à repercussão de seus efeitos. Muito embora a maioria das condutas delitivas já tragam no bojo do seu preceito primário a consequência da prática da infração (resultado naturalístico do crime), consistente na lesão jurídica causada à vítima ou à coletividade, a circunstância judicial relativa às consequências procura mensurar o alcance de tal repercussão, que se projeta para além do fato delituoso" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 579171, j. 18/08/2020).

A doutrina pátria ressalta que não se deve confundir as consequências do crime com o seu próprio resultado típico. Nas palavras de Juarez Cirino do Santos, "As consequências do fato designam outros resultados de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política produzidos pelo crime, dotados de

significação para o juízo de reprovação, mas inconfundíveis com o resultado do próprio tipo de crime" (*Direito Penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2007, p. 567).

De fato, no caso do crime de homicídio, por exemplo, o resultado morte é inerente ao próprio tipo e impossível de ser valorado pelo juiz na dosimetria da pena como consequência do crime. Porém, alguns tipos penais possuem certos elementos ou admitem resultados passíveis de mensuração quando analisados no caso concreto, e, por conseguinte, a intensidade da ofensa ao bem jurídico pode ser valorada pelo juiz.

Ou seja, as *consequências do crime* podem ser *típicas* ou *extratípicas*. Quando típicas, e mensuráveis concretamente (grau de presença ou alcance), admitem avaliação pelo juiz no processo dosimétrico. Nas palavras de Maurach-Gössel-Zipf, as consequências típicas devem ser consideradas concretamente na medição judicial da pena, conforme a intensidade e a extensão da lesão ao bem jurídico (*Derecho Penal. Parte general 2*. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 727).

Assim, mostra-se inadmissível, por exemplo, que as consequências do crime tributário, previsto no art. 1º da Lei n.º 8.137/90, em que o agente suprima tributo de quantia reduzida, sejam consideradas no mesmo grau se comparadas com as consequências de outro crime em que o agente suprima quantia de expressivo valor; como também não seria razoável afirmar que as consequências do delito de furto (art. 155 do Código Penal) de coisa de médio valor e de normal afetação para a vítima fossem igualadas às consequências de furto de coisa de altíssimo valor ou que tenha causado grande prejuízo para a vítima. Nesse sentido: "A jurisprudência desta Corte Superior admite o aumento da pena-base pela valoração negativa da circunstância judicial atinente as consequências do crime quando a sonegação fiscal causar dano aos cofres públicos" (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 833.504, j. em 17/10/2017). Idem: "Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. In casu, o prejuízo suportado pela vítima deve ser reconhecido como superior ao ínsito aos delitos contra o patrimônio, considerando se tratar de subtração de R$ 19.000,00 (dezenove mil reais), o que autoriza a exasperação da reprimenda a título de consequências do crime" (STJ, 5ª T., HC 539.130, j. 07/11/2019).

Vítima que deixou filhos em tenra idade: "A pena-base foi fixada acima do patamar mínimo devido à valoração negativa das circunstâncias do crime, pois o recorrente foi "impiedoso para com a vítima, que nem mesmo conhecia e nem contribuiu para a atitude desmedida do acusado, chutando-a e efetuando mais disparos mesmo depois dela ter caído ao solo", e das consequências do delito, pois a vítima deixou quatro filhos menores órfãos" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1660745, j. 22/08/2017).

Trauma psicológico sofrido pela vítima: "(...) o **trauma causado à ofendida**, que, após os fatos tornou-se uma pessoa fechada e com dificuldades para sair de casa, tendo ainda, depois de decorridos três anos da prática do crime, dificuldades para

conversar sobre o assunto, não pode ser confundido com mero abalo psicológico passageiro, restando justificado, a toda evidência, o incremento da pena-base a título de consequências do crime" (STJ, 5ª T., HC 459777, j. 18/09/2018). Idem: "Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. Decerto, o trauma causado à sua filha, que fora submetida a incontáveis atos atentatórios a sua dignidade sexual, por anos, desde a mais tenra idade, conforme restou atestado em depoimentos colhidos no curso da persecução penal, não pode ser confundido com mero abalo psicológico passageiro, restando justificado, a toda evidência, o incremento da pena-base a título de consequências do crime" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 409.701, j. 03/09/2019). No mesmo sentido: STJ, 5ª T., AgRg no HC 567208, j. 04/08/2020.

Prejuízo patrimonial superior ao ínsito no tipo penal: "Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, o prejuízo suportado pela vítima deve ser reconhecido como superior ao ínsito aos delitos contra o patrimônio, considerando se tratar de roubo de caminhão e de sua carga, além de um aparelho celular, o que autoriza a exasperação da reprimenda a título de consequências do crime" (STJ, 5ª T., HC 616198, j. 03/11/2020).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2018 – PC-SP – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Considerando a jurisprudência dos tribunais superiores acerca dos crimes contra a dignidade sexual: O trauma psicológico sofrido pela vítima de estupro de vulnerável é justificativa para a exasperação da pena-base imposta ao agente da conduta delituosa".

1.2.8. *Comportamento da vítima*

Verifica-se na participação da vítima tanto no momento da inspiração do agente à prática do delito como na facilitação de sua execução.

Os papéis da vítima podem ser totalmente neutros para a contribuição do fato, podem ser preventivos, como podem ser parciais no sentido de incentivar ou facilitar a prática delitiva, como, por exemplo: vítimas provocadoras nos crimes de lesões corporais; vítimas descuidadas nos crimes patrimoniais.

Assim, o **modo pelo qual a vítima contribuiu ou não para o fato criminoso**, ou até mesmo se preveniu, são fatores a serem aquilatados pelo julgador.

O comportamento da vítima pode variar de uma mera circunstância judicial, como pode ser considerado um privilégio ou causa de diminuição, podendo ainda ser reconhecido como pressuposto fático a justificar alguma situação excludente de ilicitude ou culpabilidade.

Existe divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de aferir-se o comportamento da vítima como circunstância judicial desfavorável. Segundo o STJ: "O comportamento do ofendido, que em nada contribuiu para o cometimento do crime, não pode ser valorado em desfavor do agravado. Nos termos da orientação do Superior Tribunal de Justiça, a mencionada circunstância judicial somente apresenta relevância jurídica para reduzir a reprimenda do réu. Assim, se o ofendido contribuiu para a prática do crime, a pena-base deverá ser diminuída; se, ao contrário, a vítima não facilitou, incitou ou induziu o sentenciado a cometer a infração penal, trata-se de circunstância judicial neutra. Precedentes" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 346.988, j. 27/06/2017). Ainda: "No que tange ao comportamento da vítima, percebe-se que tal moduladora não foi reconhecida como desfavorável na dosagem da pena realizada pelo Colegiado a quo, o que, de fato, não seria possível, pois essa circunstância judicial é ligada à vitimologia, devendo ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base" (STJ, 5ª T., HC 567262, j. 26/05/2020).

Em sentido oposto, entende Delmanto que a análise deve ser realizada de modo amplo no contexto da censurabilidade da conduta do agente, permitindo tanto a sua consideração de modo favorável como desfavorável (*Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 275). A nosso sentir, é perfeitamente possível a consideração do comportamento da vítima como circunstância judicial favorável ou desfavorável, a depender do seu papel. Caso desempenhe conduta incentivando ou facilitando o delito, justifica o reconhecimento da circunstância como favorável. Ao contrário, se adota medidas preventivas ao delito, a circunstância há de ser considerada desfavorável.

2. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES (2ª FASE)

2.1. Introdução

Fixada a pena-base (1ª fase do critério trifásico), deve o juiz aferir as atenuantes e agravantes para fixar a pena intermediária (2ª fase do critério trifásico).

As denominadas circunstâncias agravantes e atenuantes são dados que não alteram o crime (tipo penal básico), mas sim a pena. Estão previstas nos artigos 61 a 66 do CP e somente serão aplicadas se não forem utilizadas como **elementares** do crime ou como **forma qualificada** (qualificadoras e causas de aumento de pena) ou **privilegiada** (privilegiadoras e causas de diminuição). Exemplos:

- No crime de infanticídio não se aplicará a circunstância agravante de crime praticado contra descendente (art. 61, II, *e*), haja vista que o parentesco é elementar do crime. Caso contrário, haveria *bis in idem*.
- No crime de homicídio doloso é prevista a causa de aumento de pena de 1/3 se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. Desse modo, ocorrendo uma dessas hipóteses, não se aplicará a circunstância agravante descrita no art. 61, II, *h*, do CP (se o

crime é praticado contra criança ou maior de 60 anos), uma vez que tal circunstância será utilizada como causa de aumento na parte especial.

- No crime de furto, a circunstância de a vítima ser *criança* ou *maior de 60 anos* não integra o tipo (não é elementar) e nem qualifica o delito (qualificadora ou causa de aumento). Desse modo, poderão incidir as agravantes descritas no art. 61, II, *h*, do CP.

A lei não dispõe sobre o montante do aumento de cada agravante ou da redução de cada atenuante. Fica a critério do juiz, mas deve haver proporcionalidade. Na prática, o juiz agrava ou atenua a pena em 1/6 (tendo como parâmetro a pena-base). A propósito: "O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea" (STJ, 5ª T., HC 598815, j. 13/10/2020). Segundo Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, "o *quantum* do aumento (em razão de uma agravante) ou da diminuição (por força de uma atenuante) fica por conta do juiz (que não pode, entretanto, extrapolar os limites da pena cominada). Pela reincidência, por exemplo, o juiz pode aumentar um mês, dois meses ou mais, aumentar em 1/6 etc. Cada caso é um caso" (*Direito Penal. Parte geral*. Vol. 2, p. 519). Para Nucci (*Individualização da Pena*, p. 209), deve haver um parâmetro fixo e proporcional à pena-base, sendo que "cada agravante ou atenuante deve ser equivalente a um sexto da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou de diminuição)".

Uma circunstância agravante pode ser compensada com uma atenuante, desde que uma não seja preponderante em relação à outra.

As circunstâncias agravantes têm como limite a pena máxima cominada; ademais, nos termos da **Súmula 231 do STJ**, "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". No mesmo sentido posiciona-se o STF: "O Supremo Tribunal Federal já assentou em regime de repercussão geral que circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (Tema 158, RE 597.270, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 06.04.2009)" (STF, 2ª T., ARE 1092752 AgR, j. 31/05/2019).

Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2018 – Polícia Federal – Delegado de Polícia Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Ronaldo, maior e capaz, e outras três pessoas, também maiores e capazes, furtaram um veículo que estava parado em um estacionamento público. Depois de terem retirado pertences do veículo, o abandonaram perto do local do assalto. O grupo foi preso. Constatou-se que Ronaldo era réu primário, tinha bons antecedentes e que agira por coação dos outros elementos do grupo. Nessa situação, se a coação foi resistível, se houver confissão do crime e se as circunstâncias atenuantes preponderarem sobre as agravantes, a pena de Ronaldo poderá ser reduzida para abaixo do mínimo legal".

(VUNESP – 2017 – TJ-SP – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na aplicação da pena: a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, a não ser que utilizada a confissão para a formação do convencimento do julgador, hipótese em que o réu fará jus à diminuição, ainda que aquém do piso".

(FCC – 2015 – DPE-MA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A incidência da circunstância atenuante pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Segundo a doutrina dominante e o CP, o juiz, ao aplicar a pena, deve (...) aplicar pena inferior ao mínimo legal se houver circunstância atenuante".

(CESPE – 2006 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O STJ admite a redução da pena-base abaixo do mínimo legal, em razão da incidência de atenuante relativa à menoridade".

Parte da doutrina é contrária a esse posicionamento, uma vez que o art. 65 dispõe que as circunstâncias atenuantes "sempre" atenuam a pena, de sorte que a pena mínima cominada não poderá ser óbice, o que afrontaria, inclusive, o princípio da individualização da pena.

Nossa posição: adotamos posição intermediária. Em regra, a circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Entretanto, diante da impossibilidade de sua incidência na segunda fase (ex.: pena-base fixada no mínimo e inexistência de agravantes), excepcionalmente incidirá após a análise da terceira fase, caso incida alguma causa de aumento, situação em que passamos a denominar de **circunstância atenuante diferida**.

Para ilustrar, segue exemplo do crime de furto com as seguintes circunstâncias: praticado durante o repouso noturno (causa de aumento de 1/3); agente menor de 21 anos na data do fato; confissão espontânea; reparação do dano no curso da ação penal. No caso, existem três circunstâncias atenuantes e uma causa de aumento. Imaginemos que a pena-base seja fixada em 1 ano de reclusão (mínimo legal). Na segunda fase, diante na inexistência de agravantes, as três circunstâncias atenuantes não incidirão, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo. Na terceira fase, o juiz aumentará a pena em 1/3, de sorte que a pena passará para 1 ano e 4 meses. Em seguida, devem incidir as circunstâncias atenuantes (**de forma diferida**), tendo em vista que não puderam incidir anteriormente, mas respeitando o limite mínimo.

Essa análise diferida das circunstâncias atenuantes se harmoniza com os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, bem como com o enunciado da Súmula 231 do STJ.

2.2. Concurso de agravantes e atenuantes

Pode haver concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes. Nesse caso, nos termos do art. 67 do CP, a pena deve aproximar-se do limite

indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime (ex.: relevante valor moral ou social), da personalidade do agente (ex.: menor de 21 anos na data do fato) e da reincidência. Observa-se que as *circunstâncias subjetivas* (atenuantes ou agravantes) preponderam sobre as circunstâncias objetivas (atenuantes ou agravantes).

Assim, uma circunstância agravante pode ser compensada com uma atenuante, desde que uma não seja preponderante em relação à outra. Ex.: se houver uma circunstância agravante (crime cometido contra ascendente) e uma atenuante (reparação do dano), uma poderá ser compensada com a outra, isto é, elas se anulam.

Entretanto, se uma circunstância for preponderante em relação à outra, não haverá anulação. *Exemplo:* a reparação do dano (circunstância atenuante não preponderante) não pode ser compensada com a reincidência (circunstância agravante preponderante).

Por outro lado, uma circunstância preponderante pode ser compensada com outra circunstância preponderante. *Exemplo:* a reincidência (circunstância agravante preponderante) pode ser compensada com o motivo de relevante valor moral (circunstância atenuante preponderante).

➢ **CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES:** o art. 67 do CP refere que são preponderantes as seguintes circunstâncias: (i) motivos determinantes do crime, (ii) personalidade do agente e (iii) reincidência.

➢ **MENORIDADE RELATIVA:**

- **Algumas decisões do STJ autorizam a *compensação* da atenuante da menoridade com a agravante da reincidência, afirmando serem elas igualmente preponderantes:** "O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que a atenuante da menoridade relativa e a agravante da reincidência - mesmo se for específica - são circunstâncias legais igualmente preponderantes, sendo devida a compensação integral entre elas" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1820568, j. 16/06/2020).

- **Outras decisões consideram as atenuantes da menoridade e da senilidade preponderantes em relação às demais, inclusive em relação às circunstâncias preponderantes do art. 67 do CP:** "Conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é sempre considerada preponderante em relação às demais agravantes de caráter subjetivo e também em relação às de caráter objetivo. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entres as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação àquelas igualmente preponderantes, decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, e, a fortiori, em relação às circunstâncias objetivas" (STJ, 5ª T., HC 441341, j. 22/05/2018).

- **Em caso de multirreincidência, é possível a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da menoridade relativa:** "Hipótese em que, tratando-se de réu multirreincidente, é válida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal sobre a atenuante da menoridade relativa, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade" (STJ, 5ª T., HC 556397, j. 23/06/2020).

➢ **CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA:**

- **STJ (há compensação, ainda que se trate de reincidência específica):** "A Terceira Seção desta Casa, no julgamento do HC n. 365.963/SP, assinalou a possibilidade de compensação integral da agravante da reincidência - genérica e específica - com a atenuante da confissão espontânea, ressalvados apenas os casos de multirreincidência. Na oportunidade, esclareceu o ministro relator não existir dispositivo na legislação penal pátria determinando tratamento mais severo à recidiva específica na segunda fase do cálculo da reprimenda. Concluiu, assim, não evidenciar a reincidência específica maior reprovabilidade do comportamento ou da personalidade do acusado. Diante desse cenário, a condenação definitiva anterior do réu pelo mesmo delito, por não encerrar maior desvalor da conduta, também não justifica a aplicação de fração de aumento superior à mínima na segunda etapa da dosimetria. Precedentes" (STJ, 6ª T., HC 610233 , j. 03/11/2020).

- **STF (não há compensação):** "CONFISSÃO - REINCIDÊNCIA - COMPENSAÇÃO - IMPROPRIEDADE - PRECEDENTES. Prepondera sobre a confissão a reincidência, no que esta última revela a necessidade de observar-se apenação substancial, não se colocando no mesmo nível o reincidente e o primário" (1ª T., RHC 135819, j. 29/05/2018).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP - 2019 - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Por ocasião da aplicação da pena, no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, a compensação é possível, mas o juiz deve atentar para as circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência".

(MP-SP - 2019 - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Por ocasião da aplicação da pena, havendo causas de diminuição e causas de aumento, a compensação é possível, mas o juiz deve atentar para as circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência".

(CESPE - 2017 - MP-RR - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Assinale (...) segundo o entendimento do STJ. Não se admite compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

(TRF2 - 2017 - Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, não havendo preponderância".

2.3. Circunstâncias agravantes

2.3.1. *Rol do art. 61 do Código Penal*

Conforme o art. 61 do CP, são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I – a reincidência (será vista no item 2.3.4);

II – ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe

Motivo fútil é o insignificante, desproporcional, desarrazoado. Existe uma desproporção do crime com a sua causa moral. Ou seja, a causa que ensejou a conduta do agente não seria motivo suficiente para que o homem médio assim agisse. Ex.: ofender a integridade física do motoboy que demorou na entrega de uma pizza.

Futilidade direta/mediata e futilidade indireta/mediata: Nucci (*Código Penal Comentado*, p. 532), citando Custódio da Silveira, ressalta que, para ser fútil o motivo, deve haver a futilidade direta ou imediata. Ex.: o motorista levou uma "fechada" e matou o outro condutor. Trata-se de uma futilidade direta. Por outro lado, na futilidade indireta ou mediata, não incidiria a agravante. Ex.: depois da "fechada" os dois motoristas iniciam uma discussão, que culmina em um homicídio.

Não se deve confundir motivo fútil com **motivo injusto**. Isto porque todo crime possui motivo injusto, mas nem sempre será fútil. Frise-se, também, que o **ciúme**, por si só, não configura motivo fútil.

Ausência de motivo: predomina na doutrina que a ausência de motivo não é motivo fútil. No que se refere à qualificadora do motivo fútil no crime de homicídio, o STJ decidiu que "A ausência de motivo não caracteriza a qualificadora do inciso II do parágrafo 2º do artigo 121 do Código Penal (por motivo fútil), sob pena de violação ao princípio da reserva legal" (6ª T., AgRg no REsp 1718055, j. 21/08/2018).

Motivo torpe é aquele que ofende o sentimento ético e moral da sociedade. Torpe é o repugnante, ignóbil, asqueroso, vil. Predomina que a vingança e o ciúme, por si sós, não configuram motivo torpe, mas em algumas circunstâncias podem ser considerados como tal.

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime

Execução de outro crime (conexão teleológica): pratica-se um primeiro crime para garantir a execução de um delito posterior. ***Ocultação (conexão consequencial):*** pratica-se um segundo delito para que o primeiro crime fique desconhecido. ***Impunidade (conexão consequencial):*** pratica-se um segundo crime para que fique desconhecida a autoria do primeiro delito. O crime é conhecido, mas não a autoria. ***Vantagem de outro crime (conexão consequencial):*** pratica-se um crime para assegurar a vantagem de outro.

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido

Traição: ocorre com a agressão súbita e sorrateira, atingindo a vítima desprevenida. Para que ocorra a traição, a vítima não deve ter motivo para desconfiar da ofensa. ***Emboscada:*** é a espreita, tocaia. O agente espera a vítima

às escondidas para atacar. ***Dissimulação:*** se verifica na ocultação da intenção hostil para que a vítima seja atingida quando estiver desprevenida. Pode ser moral (falsa mostra de amizade visando à facilidade na execução do crime) ou material (utilização de disfarce). ***Recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima:*** deve ser alguma situação assemelhada às hipóteses específicas (traição, emboscada, dissimulação). É necessário que vítima não tenha motivo para desconfiar do ataque, e que o agente possua a consciência e vontade de utilizar esse modo de execução. ***Diferença de traição e surpresa:*** na traição, além da agressão súbita e inesperada, deve haver relação de confiança e lealdade entre o agente e a vítima. Caso contrário, haverá surpresa, que se caracteriza apenas pela agressão súbita e inesperada, sem que exista esse vínculo.

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum

Meio insidioso: é o meio falso, pérfido, desleal, como ocorre no emprego de veneno. ***Veneno:*** é qualquer substância que, absorvida pelo organismo, tem a possibilidade de causar perturbações funcionais. Somente irá agravar se a vítima desconhecer que está ingerindo o veneno. Se a vítima for forçada a ingerir o veneno, não agrava por este modo de execução, mas poderá configurar outra circunstância, como recurso que torna impossível a defesa ou pelo meio cruel, dependendo do caso. ***Meio cruel:*** é aquele doloroso, desumano, despiedoso, como ocorre nas hipóteses de emprego de **fogo** ou tortura. ***Tortura:*** consiste no intenso sofrimento físico ou mental. Ocorre um prolongamento desnecessário dos atos executórios. Na verdade, é um meio cruel mais prolongado. Pode caracterizar crime autônomo (Lei 9.455/97).

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge

Justifica a maior reprovação em razão da falta de solidariedade e afeto que se espera. Discute-se se a agravante se aplica no caso de conviventes (união estável). A nosso sentir não se aplica, pois se trata de hipótese taxativa. No entanto, existindo a união estável certamente haverá relações domésticas (alínea posterior).

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica

Abuso de autoridade: uso imoderado da autoridade que o agente possui nas relações privadas. Alguns autores sustentam que pode ter natureza pública, mas desde que não incida a alínea seguinte. ***Relações domésticas***: laços de pessoas da mesma família; relações entre empregador e empregado doméstico. ***Coabitação:*** convivência na mesma casa. ***Hospitalidade:*** convivência passageira, como pernoites e visitas. ***Com violência contra a mulher na forma da lei específica:*** foi acrescentada pela Lei nº 11.340/06 e deve ser interpretada conforme o art. 5º da referida lei.

Jurisprudência do STJ:

- "A vedação de pagamento isolado de multa nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 17 da Lei n. 11.340/2006) e a aplicação da agravante disposta no art. 61, II, f, do Código Penal, não

configuram violação do princípio do non bis in idem, pois possuem fundamentos distintos" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 470932, j. 05/09/2019).

- "Haja vista a existência de fundamentos díspares, não há falar em bis in idem na aplicação conjunta da causa de aumento de pena prevista no art. 1º, § 4º, II, da Lei de Tortura, e da agravante genérica estatuída no art. 61, II, 'f', do Código Penal. Com efeito, a majorante tem por finalidade punir de forma mais severa aquele que se favorece da menor capacidade de resistência da vítima, ao passo que a agravante tem por desiderato a punição mais rigorosa do agente que afronta o dever de apoio mútuo existente entre parentes e pessoas ligadas por liames domésticos, de coabitação ou hospitalidade, além dos casos de violência doméstica praticada contra a mulher" (STJ, 6ª T., HC 362634, j. 16/08/2016).
- "Em relação à incidência da agravante genérica na segunda fase, observa-se que o caput do art. 61 do CP, dispõe que 'são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime'. No caso, a circunstância de a vítima frequentar a casa do réu não constitui elementar do crime do art. 241-B do ECA, sendo devida a incidência da agravante da hospitalidade" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1372347, j. 05/03/2020).

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão

Abuso de poder ou violação de dever se refere às relações de direito público. ***Cargo:*** relativo a serviço público. ***Ofício:*** atividade de habilidade manual. ***Ministério***: atividade religiosa. ***Profissão:*** atividade que visa ao lucro.

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida

Este grupo de agravantes fundamenta-se na maior vulnerabilidade da vítima. Nesse sentido: "A incidência da agravante estabelecida no art. 61, inciso II, "h" (contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida), do Código Penal relaciona-se a uma maior vulnerabilidade do sujeito passivo, a ensejar maior reprovabilidade à ação criminosa que lhes viola a integridade física, moral ou psicológica" (STJ, 5ª T., HC 305744, j. 05/06/2018). ***Criança:*** pessoa com até 12 anos de idade incompletos, segundo o ECA. ***Maior de 60 anos:*** a Lei n.º 10.741/03 (Estatuto do Idoso) alterou o Código Penal substituindo a agravante "velho" por "maior de 60 anos". ***Enfermo:*** é um conceito muito vasto e abrangente, pois envolve todo indivíduo que está acometido de alguma doença ou moléstia. Parte da doutrina admite interpretação extensiva para abranger deficientes físicos ou mentais. ***Mulher grávida:*** o agente deve ter consciência da gravidez. Somente se justifica a sua incidência se existir pertinência do crime com a dificuldade de resistência da vítima. Esta agravante não se aplica ao crime de aborto, pois este dado (mulher grávida) constitui o crime.

Deve haver uma relação do crime com as situações de vulnerabilidade. Assim, se o agente pratica um furto contra gestante ou enfermo sem saber dessa condição, **não incidirá a agravante**. No entanto, **há decisões em sentido contrário**: "AGRAVANTE. VÍTIMA SEXAGENÁRIA. NATUREZA OBJETIVA. INCIDÊNCIA. 1.

A incidência da agravante estabelecida no art. 61, inciso II, "h", do CP é de natureza objetiva e não depende de prévio conhecimento do agente para sua incidência, já que a vulnerabilidade do idoso é presumida" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1722345, j. 21/05/2019); "Por se tratar de agravante de natureza objetiva, a incidência do art. 61, II, "h", do CP independe da prévia ciência pelo réu da idade da vítima, sendo, de igual modo, desnecessário perquirir se tal circunstância, de fato, facilitou ou concorreu para a prática delitiva, pois a maior vulnerabilidade do idoso é presumida" (STJ, 5ª T., HC 593219, j. 25/08/2020).

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade

Demonstra desrespeito com a autoridade pública. Nesta agravante tem-se três pessoas distintas: 1) o agente que praticou o crime, em relação ao qual está sendo considerada esta agravante na condenação; 2) a autoridade; 3) a vítima que estava sob a imediata proteção. Ex.: o agente agride uma pessoa que está sendo conduzida pela polícia em razão de prisão em flagrante.

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido

Justifica-se pela ausência de solidariedade e insensibilidade do agente, bem como pela maior facilidade para executar o delito.

k) em estado de embriaguez preordenada

O agente se coloca em estado de embriaguez para cometer o crime. Aplica-se a teoria da *actio libera in causa* (ação livre na causa). A culpabilidade do agente é aferida no momento em que se embriagou e não no momento do fato criminoso.

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Situação hipotética: Após uma discussão, Carlos desferiu ameaça contra a vida de Luís. Para ter coragem de executar o que foi dito, Carlos ingeriu bebida alcoólica. Assertiva: Nessa situação, caso seja condenado, a ingestão de bebida alcoólica será irrelevante na dosimetria da pena".

2.3.2. Agravantes no concurso de pessoas

Algumas situações descritas no art. 62 não configuram concurso de pessoas, como nos casos de autoria mediata referidos nos incisos II e III, de sorte que houve um equívoco do legislador na rubrica.

A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

a) promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes

Optou o legislador por punir mais severamente aquele que possui um papel de destaque, de chefia, na ação global. *Promover* significa fomentar, causar, desenvolver, originar; *organizar* tem o sentido de constituir ou formar; *dirigir* significa conduzir ou comandar.

b) coage ou induz outrem à execução material do crime

Coação moral irresistível: o coator responde pelo fato criminoso praticado pelo coagido (art. 22) com a pena agravada. Trata-se de hipótese de autoria mediata, a qual não configura concurso de pessoas ante a ausência de liame subjetivo.

Coação resistível: o coator e o coagido respondem pelo fato criminoso praticado por este. Ao coator aplica-se a agravante e ao coagido a circunstância atenuante (art. 65, III, *c*).

Coação física irresistível: o coagido não pratica conduta (ato executório) por ausência completa de vontade. Responde apenas o coator (autor imediato) e sem a incidência da agravante.

Induzimento: o agente (partícipe) faz surgir a ideia na mente do autor.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Segundo a doutrina dominante e o CP, o juiz, ao aplicar a pena, deve (...) agravar a sanção a ser aplicada a quem tiver coagido outrem a praticar o crime no caso de concurso de pessoas".

c) instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal

O agente **instiga** (reforça a ideia existente) ou **determina** (ordena) outrem à execução do crime.

Alguém sujeito à autoridade: o executor deve estar sujeito à autoridade do agente, que pode ser de natureza pública ou particular.

Alguém não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal: é o caso de inimputáveis. Ex.: o agente instiga um doente mental a praticar o fato criminoso.

Obs.: para Rogério Greco, não se deve confundir 'inculpável' com 'não punível'. ***Inculpável:*** o agente pratica fato típico e ilícito, porém não culpável. ***Não punível:*** a pessoa deve praticar um fato, típico, ilícito e culpável, porém, em virtude de condição ou qualidade pessoal, não será punível. Ex.: pai que furta o filho não será punível, segundo a escusa absolutória regulada no art. 181 do CP (*Curso de Direito Penal. Parte Geral*, p. 571).

d) executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa

Aquele que concorre para o crime, seja como autor ou partícipe, mediante paga ou promessa de recompensa, age por motivo torpe.

2.3.3. Questões pontuais

- É **taxativo** (*numerus clausus*) o rol das circunstâncias agravantes.
- Predomina o entendimento de incidirem as **agravantes somente nos crimes dolosos, salvo a reincidência**, que poderá ser considerada também

nos crimes culposos. Em sentido contrário, e com acerto em nossa visão, **o STF já aceitou a incidência da agravante do motivo torpe em crime de homicídio culposo**, eis que a obtenção de lucro fácil teria induzido os agentes ao comportamento imprudente e negligente de que resultou o sinistro. Foi no conhecido caso "Bateau Mouche" (STF, 1ª T., HC 70362, j. 05/10/1993).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP - 2019 - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Segundo entendimentos doutrinário e jurisprudencial majoritários, levando-se em consideração o rol do artigo 61 do Código Penal, a reincidência é a única agravante que pode ser reconhecida tanto em crime doloso como em crime culposo".

(FCC - 2019 - MP-MT - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "As circunstâncias agravantes genéricas não se aplicam aos crimes culposos, com exceção da reincidência".

(MP-MS - 2018 - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A totalidade das agravantes genéricas é aplicável aos crimes dolosos e culposos".

➢ Também há discussão acerca da **incidência das agravantes no crime preterdoloso**. O STJ já admitiu, conforme julgado abaixo: "É possível a aplicação da agravante genérica do art. 61, II, "c", do CP nos crimes preterdolosos, como o delito de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP). De início, nos termos do art. 61, II, "c", do CP, são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime, ter o agente cometido o crime à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido. De fato, apesar da existência de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, entende-se que não há óbice legal ou incompatibilidade qualquer na aplicação da citada agravante genérica aos crimes preterdolosos. Isso porque, nos crimes qualificados pelo resultado na modalidade preterdolosa, a conduta-base dolosa preenche autonomamente o tipo legal e o resultado culposo denota mera consequência que, assim sendo, constitui elemento relevante em sede de determinação da medida da pena. Ademais, o art. 129, § 3º, do CP descreve conduta dolosa que autonomamente preenche o tipo legal de lesões corporais, ainda que dessa conduta exsurja resultado diverso mais grave a título de culpa, consistente na morte da vítima. Assim, no crime de lesão corporal seguida de morte, a ofensa intencional à integridade física da vítima constitui crime autônomo doloso, cuja natureza não se altera com a produção do resultado mais grave previsível mas não pretendido (morte), resolvendo-se a maior reprovabilidade do fato no campo da punibilidade. Além do mais, entende a doutrina que nos casos de lesões qualificadas pelo resultado, o tipo legal de crime é o mesmo (lesão corporal dolosa), não se alterando o tipo fundamental, apenas se lhe acrescentando um elemento de maior punibilidade" (STJ, REsp 1.254.749, j. 6/5/2014 - **Informativo 541**). Idem: "No crime preterdoloso,

espécie de delito qualificado pelo resultado, é possível a incidência de agravante genérica prevista no art. 61 do Código Penal. Precedente" (STJ, 6ª T., AgInt no AREsp 1074503, j. 18/09/2018).

- A **gravidade abstrata** do crime não é circunstância agravante. Isto porque o legislador já a considerou no momento da cominação das penas mínima e máxima.

- **Art. 385 do CPP:** "Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada".

- **Súmula 241 do STJ:** "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDEP – 2017 – MP-MG – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Embora prepondere na doutrina o entendimento de que apenas a agravante genérica da reincidência se aplica aos crimes culposos, já admitiu o Supremo Tribunal Federal, como tal, em crime culposo, o motivo torpe".

(FCC – 2015 – TJ-AL – Juiz de Direito) "A circunstância agravante: a) pode ser reconhecida pelo juiz, ainda que não alegada pelo Ministério Público, consoante expressa previsão legal; b) da reincidência pode ser considerada simultaneamente como circunstância judicial; c) incide ainda que qualifique o crime, mas não se dele constituir elementar; d) pode elevar a pena acima do máximo previsto em lei para o crime; e) nunca prepondera sobre circunstância atenuante". **Gabarito: A.**

(FCC – 2015 – DPE-MA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No concurso de agravantes e atenuantes entende-se por circunstâncias preponderantes as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da primariedade".

(FGV – 2009 – TJ-PA – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime, dentre outras, as seguintes: a gravidade do crime praticado, ter o agente cometido o crime por motivo fútil ou torpe e ter o agente cometido o crime contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida".

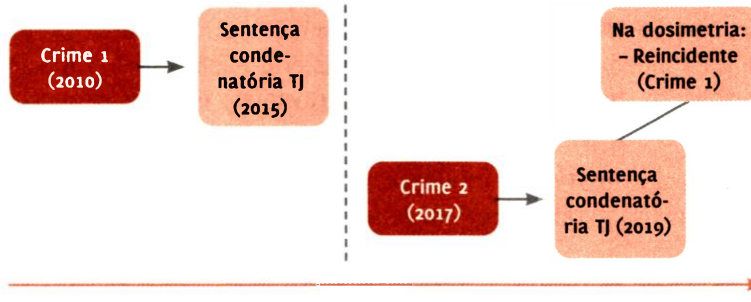
2.3.4. Reincidência

2.3.4.1. Conceito

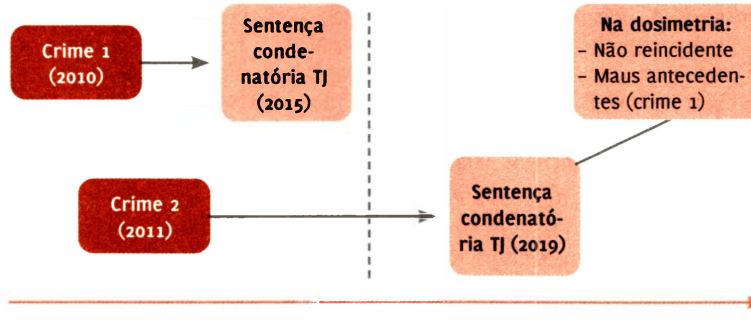
Nos termos do art. 63, verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Não basta que o 'novo crime' seja praticado depois de um 'crime anterior', mas sim que seja praticado **depois do trânsito em julgado** da sentença condenatória.

Requisitos: 1) prática de crime anterior (no Brasil ou no estrangeiro). O crime anterior ou o crime posterior podem ser dolosos ou culposos, tentados ou consumados. Ex.: lesão culposa (crime 1) e tentativa de homicídio (crime 2); 2) sentença condenatória transitada em julgado; 3) cometimento de novo crime depois de transitar em julgado a sentença condenatória (no País ou no estrangeiro) por crime anterior.



Como a reincidência pressupõe a prática de 'novo crime' depois de transitar em julgado a sentença condenatória de crime anterior, pode ocorrer que o réu pratique vários crimes e não seja reincidente.



2.3.4.2. Espécies

a) **reincidência ficta ou presumida:** para ser considerado reincidente basta a prática de novo crime, depois de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, mesmo não tendo o réu cumprido a pena do crime anterior. O Código Penal adotou essa modalidade.

b) **reincidência real:** verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime depois de ter cumprido pena pelo delito anterior.

2.3.4.3. Efeitos da reincidência

A reincidência possui reflexos em vários institutos. Dentre outros, podemos citar:

a) é considerada circunstância agravante (art. 61, I, CP), a ser considerada na segunda fase do processo dosimétrico;

b) no concurso de agravantes, constitui "circunstância preponderante" (art. 67, CP);

c) impede a concessão da suspensão condicional da execução da pena em condenação por crime doloso, salvo se a condenação anterior for a pena de multa (art. 77, I, CP);

d) aumenta o prazo de cumprimento da pena para a obtenção do livramento condicional (art. 83, II, CP);

e) aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, *caput*, CP);

f) é causa interruptiva da prescrição da pretensão executória (art. 117, VI, CP);

g) afasta a incidência de certas causas de diminuição de pena (ex.: arts. 155, § 2º, 170 e 171, § 1º, todos do CP; art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06).

h) é considerada para a fixação do regime inicial (art. 33, § 2º, CP) e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, I e § 3º, CP);

i) impede a concessão do ANPP (acordo de não persecução penal), exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas (art. 28-A, § 2º, II, do CPP – incluído pelo Pacote Anticrime);

j) aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção da progressão de regime (art. 112, II, IV, VII e VIII, da LEP – alterado pelo Pacote Anticrime).

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(UEG – 2018 – PC-GO – Delegado de Polícia) "Segundo o Código Penal, a reincidência: A) suspende o curso da prescrição. B) impede a concessão de livramento condicional. C) impõe regime inicial fechado para cumprimento de pena. D) impede a suspensão condicional da pena, se em crime doloso. E) impossibilita a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito."

Gabarito: D.

2.3.4.4. *Sistema da temporariedade*

Foi adotado o **sistema da temporariedade** em relação à reincidência e não o da *perpetuidade*. Isso significa que a sentença condenatória irrecorrível pelo crime anterior, depois de **certo período**, não será considerada para efeitos de reincidência, caso o agente venha a praticar novo crime.

Esse período é de **cinco anos** e começa seu cômputo a partir da data do cumprimento ou extinção da pena (art. 64, I).

Exemplo: crime anterior praticado em 1998, com sentença condenatória transitada em julgado no ano de 2000. O início da pena, de 19 anos, ocorreu em 2001 e findou-se em 2020, sem que tenha sido concedido livramento condicional. A partir desse momento (2020) se inicia a contagem dos cinco anos, que findará em 2025. Se o agente praticar novo crime entre o trânsito

em julgado do crime anterior (2000) e 2025, mesmo que reabilitado (arts. 92 e 93), será considerado reincidente. Se o crime for cometido após o ano de 2025, a condenação pelo crime anterior não será considerada para efeitos de reincidência (sistema da temporariedade), mas sim como maus antecedentes (sistema da perpetuidade).

Caso seja concedido o livramento condicional e não tenha havido a sua revogação, o prazo de cinco anos não será contado a partir da data do cumprimento ou extinção da pena, mas sim do dia em que iniciou o período de prova (início do cumprimento do livramento condicional, que se dá com a audiência admonitória).

Exemplo: crime anterior praticado em 1998, com sentença condenatória transitada em julgado no ano de 2000. O início da pena ocorreu em 2002, tendo havido a concessão de livramento condicional no ano de 2005. O período de prova foi cumprido sem revogação, tendo havido a extinção da punibilidade em 2007. Não será a partir desta data que se iniciará o cômputo do prazo, mas sim do momento em que se iniciou o livramento condicional (2005).

No *sursis* (suspensão condicional da pena), o prazo de cinco anos não será contado a partir da data da extinção da pena privativa de liberdade (que seria após expirado o período de prova sem que tenha havido revogação), mas sim do dia em que iniciou o período de prova (início do *sursis*).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior após decorrido o prazo depurador de cinco anos entre a data do trânsito em julgado da sentença condenatória do crime anterior e a data da prática do crime posterior".

(FCC – 2018 – DPE-AM – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A reincidência deixa de ser considerada se transcorrer período de 5 anos da data em que foi progredido ao regime aberto e o novo crime praticado".

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 anos, computado o período de prova do livramento condicional ou do regime aberto".

(VUNESP – 2015 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 2 (dois) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação".

Mesmo a condenação anterior não possuindo o efeito de gerar a reincidência, não se pode desprezá-la como *maus antecedentes* segundo corrente doutrinária e jurisprudencial, de sorte que deve ser levada em consideração na primeira fase da dosimetria da pena como circunstância judicial desfavorável. Por isso é comum dizer-se que **os antecedentes são perpétuos (sistema da perpetuidade)**. É o entendimento das Cortes Superiores.

STJ: "O tempo transcorrido após o cumprimento ou extinção da pena não opera efeitos quanto à validade da condenação anterior, para fins de valoração negativa

dos antecedentes, como circunstância judicial desfavorável. Isso porque o Código Penal adotou o sistema da perpetuidade, haja vista que o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), hipótese em que vigora o sistema da temporariedade" (STJ, 5ª T., HC 602237, j. 03/11/2020).

Obs.: em casos excepcionais, quando a condenação é muito antiga, o STJ afasta os maus antecedentes, valendo-se da **teoria do direito ao esquecimento**. Vejamos: "1. As condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes. 2. Todavia, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem julgados no sentido de que os registros da folha de antecedentes muito antigos não devem ser considerados maus antecedentes, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1875382, j. 20/10/2020).

STF: o Plenário do Pretório Excelso, no julgamento do RE 593.818, **Tema 150 da Repercussão Geral**, por maioria, **fixou a tese** de que **"não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal"**. Nesse sentido: STF, Pleno, RE 1254144 AgR-EDv, j. 16/09/2020.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2019 – DPE-SP – Defensor Público) Vanessa foi denunciada como incursa no delito de furto qualificado, porque, no dia 05 de abril de 2018, teria subtraído, mediante abuso de confiança, R$ 1.000,00 da loja onde trabalhava como gerente. Realizada audiência, a Juíza condenou a ré, nos termos da denúncia. Ao realizar a dosimetria da pena, a Julgadora fixou a pena base no mínimo legal. Na segunda fase, aplicou a agravante da reincidência e aumentou a pena em 1/6 (um sexto), sob o fundamento de que a ré possuía uma condenação anterior transitada em julgado antes da prática desse novo delito. Em relação à condenação anterior de Vanessa, alegou a Juíza que, embora tenha ela recebido livramento condicional em 21 de março de 2011 e o direito não tenha sido revogado, o livramento somente expirou em 21 de março de 2015, sendo que a decisão que declarou extinta a pena foi proferida em 26 de maio de 2016. Assim, com base tão somente na reincidência da ré, a Magistrada impôs o regime fechado para início de cumprimento da pena. Considerando a pena e o regime fixados, a decisão proferida está:

a) errada, porque a condenação anterior mencionada pela Juíza já foi atingida pelo período depurador, logo, a ré é primária, podendo ser aplicado o regime inicial aberto, uma vez que a pena fixada é inferior a quatro anos.

b) correta, porque o período depurador referente à condenação anterior começou a correr em 26 de maio de 2016, logo, a ré é reincidente e o regime cabível é o fechado.

c) errada, porque a condenação anterior mencionada pela Juíza já foi atingida pelo período depurador, logo, a ré é primária, podendo ser aplicado o regime inicial semiaberto, uma vez que a pena imposta é superior a quatro anos e não excede a oito anos.

d) errada, porque, embora a ré seja reincidente, a pena a ela imposta é inferior a quatro anos, sendo, portanto, cabível o regime inicial semiaberto, de acordo com o disposto na Súmula 269, do Superior Tribunal de Justiça.

e) correta, porque o período depurador referente à condenação anterior começou a correr em 21 de março de 2015, logo, a ré é reincidente e o regime cabível é o fechado.

Gabarito: A.

(FGV – 2015 – DPE-MT – Advogado) "O Art. 68 do Código Penal prevê um sistema trifásico de aplicação da pena pelo magistrado. Na primeira fase serão consideradas as circunstâncias do Art. 59 do Código Penal; na segunda, as agravantes e atenuantes; na terceira, as causas de aumento e de diminuição. A esse respeito, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, assinale a afirmativa *correta*: a) Diversas ações penais em curso podem justificar o reconhecimento de maus antecedentes; b) A sentença penal condenatória, cuja execução da pena tenha sido extinta há mais de cinco anos, não pode justificar o reconhecimento da reincidência, mas pode justificar os maus antecedentes; c) A sentença condenatória definitiva pela prática de crime posterior poderá configurar maus antecedentes caso o trânsito em julgado ocorra antes do julgamento do primeiro crime; d) No crime de roubo, o número de majorantes pode, por si só, determinar o *quantum* de aumento na terceira fase; e) Na segunda fase de aplicação da pena, a pena intermediária pode ser fixada abaixo do mínimo legal". **Gabarito: B.**

REINCIDÊNCIA	Sistema da temporariedade
ANTECEDENTES	Sistema da perpetuidade

2.3.4.5. *Reincidência do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais*

Lei das Contravenções Penais (ar. 7º): "Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção".

Código Penal (art. 63): "Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior".

Crime *(Brasil/exterior)*	**Novo crime**	**Reincidente**
Crime *(Brasil/exterior)*	**Contravenção**	**Reincidente**
Contravenção *(Brasil)*	**Crime**	**Não reincidente**
Contravenção *(Brasil)*	**Nova contravenção**	**Reincidente**
Contravenção *(exterior)*	**Nova contravenção**	**Não reincidente**

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(UEG – 2018 – PC-GO – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Sobre as contravenções penais previstas no Decreto-Lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941, verifica-se que não há reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil, por motivo de contravenção".

(FCC – 2018 – DPE-AM – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A reincidência se verifica quando o agente comete novo crime depois de condenação criminal definitiva por contravenção penal".

2.3.4.6. *Questões pontuais*

Crime anterior no estrangeiro sem previsão típica no Brasil. Se o agente praticar o novo crime no Brasil não será reincidente, eis que deve haver dupla tipicidade do crime anterior (fato considerado crime no estrangeiro e no Brasil). Ex.: 'A' é condenado irrecorrivelmente no exterior por adultério. No Brasil, vem a praticar um novo crime (ex.: furto). Não será reincidente, nem mesmo terá maus antecedentes, pois o adultério não é considerado crime em nossa legislação.

Medida de segurança aplicada ao fato criminoso anterior. Não há reincidência quando o agente comete crime depois de transitar em julgado a sentença que aplicou medida de segurança ao inimputável (CP, art. 26, *caput*). Isto porque a sentença que aplica a medida de segurança não é condenatória, mas sim absolutória (absolutória imprópria).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP – 2019 – Promotor de Justiça) Alberto praticou cinco infrações penais distintas. Foi processado e condenado cinco vezes, conforme resume o quadro a seguir. Em todos os cinco processos, foram devidamente acostadas as Folhas de Antecedentes atualizadas e as respectivas certidões criminais cartorárias dos feitos informados.

PROCESSO	DATA DO FATO E TIPIFICAÇAO	PENA APLICADA	DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PARA AMBAS AS PARTES	DATA DO INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA
I	03.01.2008 – Substituição de convocado (art. 185 do Código Penal Militar)	8 meses de detenção	02.02.2010	03.03.2010
II	03.03.2010 – Vias de fato (art. 21 do Decreto-Lei nº 3.688/41)	2 meses de prisão simples	01.03.2011	05.04.2011
III	04.04.2011 – Lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do Código Penal)	4 anos e 3 meses de reclusão	02.04.2012	08.07.2012

PROCESSO	DATA DO FATO E TIPIFICAÇAO	PENA APLICADA	DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PARA AMBAS AS PARTES	DATA DO INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA
IV	09.07.2012 – Homicídio culposo (art. 121, § 3º, do Código Penal)	1 ano e 2 meses de detenção	10.07.2013	10.07.2013
V	13.07.2018 – Lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2º, I, do Código Penal)	6 anos de reclusão	15.03.2019	18.04.2019

Pode-se afirmar que o Juiz certamente considerou Alberto reincidente nas sentenças condenatórias referentes apenas aos processos: a) III e IV. b) IV e V. c) II, III, IV e V. d) II e III. e) III, IV e V. **Gabarito: B.**

(FCC – 2017 – DPE-RS – Analista) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Quanto à aplicação da pena: não há reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de transitar em julgado uma sentença que, no Brasil, o tenha definitivamente condenado por um crime, mas, diversamente, verifica-se, no entanto, a reincidência quando o agente pratica um crime depois de passar em julgado uma sentença que, no Brasil, o tenha condenado por uma contravenção".

(CESPE – 2007 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Não poderá ser considerado reincidente o inimputável que tenha sido submetido a medida de segurança por decisão transitada em julgado e, após ter cumprido a medida de internação, fique curado da doença mental que o acometia e venha a praticar crime".

Crimes militares próprios e políticos (art. 64, II). Para efeitos de reincidência não se considerarão os crimes anteriores se forem militares próprios (crimes previstos exclusivamente no CPM, como a deserção) ou crimes políticos (previstos na Lei n. 7.170/83). O art. 64, II, do CP, não faz distinção entre crimes políticos próprios e impróprios, razão pela qual predomina que as duas espécies se encontram previstas.

Obs.: pode ocorrer que o crime anterior seja militar próprio e o novo crime também, hipótese em que se verificará a reincidência.

Comprovação da reincidência. Basta a folha de antecedentes criminais, dispensando-se a apresentação de certidão cartorária. Nesse sentido a **Súmula 636 do STJ:** "A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência".

Extinção da punibilidade do 'crime anterior' antes do trânsito em julgado da sentença. Mesmo que exista sentença condenatória pelo crime anterior, não gerará efeitos de reincidência, pois não ocorreu o trânsito em julgado. Ex.: reparação do dano no crime de peculato culposo; prescrição da pretensão punitiva.

Extinção da punibilidade do crime anterior depois do trânsito em julgado. Em regra, a sentença condenatória irrecorrível será considerada para efeitos de reincidência, mesmo que ocorra a extinção da punibilidade em razão de causa posterior ao trânsito em julgado. Ex.: a prescrição da pretensão executória extingue a punibilidade, mas não faz cessar os efeitos secundários da sentença condenatória.

Anistia e 'abolitio criminis' do crime anterior. Como a anistia e a *abolitio criminis* cessam os efeitos penais da sentença condenatória, o agente que vier a praticar novo delito não poderá ser considerado reincidente. Obs.: nestas hipóteses, mesmo havendo a extinção da punibilidade após o trânsito em julgado, a sentença do crime anterior perderá a força de gerar reincidência.

Perdão judicial do crime anterior. Nos termos do art. 120 do CP, a sentença que concede o perdão judicial não gera a reincidência. Para o STJ, "A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório" (**Súmula 18**).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – DPE-DF – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A concessão do perdão judicial nos casos previstos em lei é causa extintiva da punibilidade do crime, não subsistindo qualquer efeito condenatório, salvo para fins de reincidência".

(FUNCAB – 2016 – PC-PA – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A concessão de perdão judicial não interfere na possibilidade de reconhecimento da reincidência".

Uma condenação anterior e incidência da reincidência e dos antecedentes (princípio do 'non bis in idem'). De acordo com a **Súmula 241 do STJ**, "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial". Nada impede, todavia, a valoração dos maus antecedentes e da reincidência na mesma pena, desde que existam condenações criminais distintas.

STJ: "É pacífico o entendimento de que a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes e, ainda, para exasperar a pena, em razão da agravante da reincidência, não caracteriza bis in idem, desde que as utilizadas na primeira fase sejam distintas da valorada na segunda etapa, como no caso em apreço. Precedentes" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 611292, j. 20/10/2020).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2017 – TJ-SP – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na aplicação da pena: a reincidência não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial, não prevalecendo a condenação anterior, contudo, se entre a data do trânsito em julgado para a acusação da condenação anterior e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos".

(FCC – 2015 – DPE-MA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A reincidência penal pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

Reincidência, princípio do 'non bis in idem' e direito penal do autor. Se a condenação pelo crime anterior for considerada para fins de reincidência na pena do crime posterior, haverá dupla punição pelo mesmo fato, segundo posição minoritária. A primeira punição será a condenação do crime anterior; a segunda se dá com a elevação da pena do crime seguinte ao se considerar o fato criminoso anterior para fins de reincidência. Como vimos ao analisarmos os antecedentes, existe posicionamento não predominante sustentando que a análise dos antecedentes e da conduta social afronta o princípio da secularização, demonstrando a ideia de culpabilidade de autor (direito penal do autor) em detrimento da culpabilidade de fato (direito penal do fato).

O Plenário do STF, no RE 453000 (j. 04/04/2013), assim decidiu: "AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência". No mesmo sentido: "Não há ilegalidade na majoração da pena intermediária em razão da reincidência, pois se trata de agravante plenamente compatível com o ordenamento jurídico pátrio e com a Constituição Federal" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1760185, j. 28/03/2019).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2018 – DPE-AM – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A reincidência é elemento típico do direito penal do fato e tem determinação na adequação típica da conduta criminosa".

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Por violar o direito penal do autor e o princípio do *ne bis in idem*, os Tribunais Superiores reconheceram a não recepção da reincidência pela Constituição de 1988".

Posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006). Nos termos da legislação, a condenação irrecorrível pelo crime de posse de drogas do art. 28 possui o condão de gerar reincidência. As duas turmas do STJ até 2018 seguiam essa orientação: "Conforme entendimento pacífico desta Corte Superior, alinhado ao posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a condenação definitiva anterior pela prática da conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, gera reincidência, porquanto essa conduta foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada (abolitio criminis)" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 312.955, j. 16/03/2017). Idem: STJ, 5ª T., HC 354.997, j. 28/03/2017. Entretanto, em 2018, o STJ decidiu que essa posição é desproporcional: "1. Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior têm decidido ser desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. 2. Pontuou-se que 'se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura

reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com 'advertência sobre os efeitos das drogas', 'prestação de serviços à comunidade' e 'medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo', mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas' (REsp 1.672.654/SP, ... julgado em 21/8/2018, DJe 30/8/2018)" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 564566, j. 15/09/2020).

De acordo com o STJ, a condenação anterior pelo crime de posse de drogas para consumo pessoal também **não pode ser valorada negativamente para exasperar a pena-base como maus antecedentes, personalidade do agente ou sua conduta social**: "Ademais, este Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que se revela desproporcional o reconhecimento da reincidência em virtude de anterior condenação pelo delito previsto no art. 28, da Lei n. 11.343/2006. Nesse contexto, se os efeitos da reincidência decorrentes de anterior condenação por posse de drogas para uso próprio devem ser afastados, com mais razão ainda os relativos aos maus antecedentes, à personalidade do agente e à conduta social, como na espécie" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1679045, j. 26/05/2020).

Art. 28 da Lei de Drogas e reincidência específica: "1. A melhor exegese, segundo a interpretação topográfica, essencial à hermenêutica, é de que os parágrafos não são unidades autônomas, estando direcionados pelo caput do artigo a que se referem. 2. Embora não conste da letra da lei, é forçoso concluir que a reincidência de que trata o § 4º do art. 28 da Lei 11.343/2006 é a específica. Revisão do entendimento. 3. Aquele que reincide no contato típico com drogas para consumo pessoal fica sujeito a resposta penal mais severa: prazo máximo de 10 meses. 4. Condenação anterior por crime de roubo não impede a aplicação das penas do art. 28, II e III, da Lei 11.343/06, com a limitação de 5 meses de que dispõe o § 3º do referido dispositivo legal" (STJ, 6ª T., REsp 1771304, j. 10/12/2019).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – DPE-DF – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Condenação anterior por delito de porte de substância entorpecente para consumo próprio não faz incidir a circunstância agravante relativa à reincidência, ainda que não tenham decorrido cinco anos entre a condenação e a infração penal posterior".

(CETRO – 2017 – TJ-RJ – Titular de Serviços de Notas e de Registros) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A chamada "despenalização" da conduta de porte de drogas, de acordo com o entendimento jurisprudencial do STF, constitui hipótese de *abolitio criminis*".

Valoração da reincidência para agravar a pena e fundamentar o regime mais gravoso: inexistência de bis in idem. O próprio legislador já considerou a reincidência como critério de aferição do regime inicial. Nesse sentido: "A fixação do regime prisional segue as regras do artigo 33 do Código Penal. A dosimetria da pena, por sua vez, respeita os critérios definidos pelos arts. 59 e 68 do Código

Penal. Assim, inexiste *bis in idem* quando a reincidência é utilizada para agravar a pena, na segunda fase da dosimetria, e, novamente, para fundamentar o regime mais gravoso" (STJ, 5ª T., HC 463769, j. 04/09/2018); "A fixação do regime prisional segue as regras do artigo 33 do Código Penal. A dosimetria da pena, por sua vez, respeita os critérios definidos pelos arts. 59 e 68 do Código Penal. Assim, inexiste bis in idem quando a reincidência é utilizada para agravar a pena, na segunda fase da dosimetria da pena, e, novamente, para fundamentar o regime mais gravoso" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 615513, j. 06/10/2020).

Reincidência específica como causa de aumento. O Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19, com vigência a partir de 23/01/2020), incluiu no art. 20 do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/03) uma nova causa de aumento: "Nos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16, 17 e 18, a pena é aumentada da metade se: (...) II - o agente for reincidente específico em crimes dessa natureza". Caso incida a mencionada majorante, o juiz não poderá considerar a reincidência como circunstância agravante na segunda fase do processo dosimétrico, sob pena de *bis in idem*.

Juiz da execução pode reconhecer reincidência omitida na sentença condenatória: "1. A Terceira Seção desta Corte, em sessão realizada em 27/11/2019, pacificou o entendimento de que a intangibilidade da sentença penal condenatória transitada em julgado não retira do Juízo das Execuções Penais o dever de adequar o cumprimento da sanção penal às condições pessoais do réu (EREsp n. 1.738.968/MG, Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 17/12/2019). 2. Assim, o Juízo da execução deve considerar as condições pessoais do apenado, inclusive a reincidência, para fins de concessão dos benefícios da execução, ainda que não reconhecidas pelo Juízo da condenação" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 556371, j. 23/06/2020). Ainda: Informativo 662 do STJ.

2.4. Circunstâncias atenuantes

2.4.1. *Rol das atenuantes (art. 65 do CP)*

Nos termos do art. 65 do CP, são circunstâncias que sempre atenuam a pena:

a) Ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença

Menoridade relativa (menor de 21 anos). Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil (Súmula 74 do STJ). A menoridade, por estar relacionada com a personalidade, é circunstância preponderante (art. 67 do CP). No tópico acima, "Concurso de agravantes e atenuantes", foi mencionada divergência jurisprudencial sobre o tema.

Senilidade. O Estatuto do Idoso não alterou esta circunstância atenuante. Entretanto, entendemos que nada impede o juiz de utilizar como circunstância judicial (1ª fase) o fato de *ser o agente maior de 60 anos na data da sentença*. Pode ocorrer que o agente seja absolvido em primeira instância e condenado em segundo grau. Nesse caso, se o agente atingir setenta anos somente na data do acórdão, poderá incidir a atenuante. Por outro lado, existem decisões no sentido

de que, se o agente tiver menos de 70 anos na data da sentença condenatória e completá-los somente na data do acórdão, poderá incidir a atenuante caso o acórdão tenha reformado a condenação e aumentado a pena.

b) Desconhecimento da lei

O desconhecimento da lei é inescusável e não isentará o agente de pena (art. 21 do CP), mas figura como atenuante. No momento em que a lei é publicada no diário oficial presume-se que todos passam a conhecê-la. No entanto, é óbvio que se trata de uma ficção, pois na realidade muitas pessoas não irão ter o seu conhecimento. Com a diversidade de leis penais em nosso ordenamento jurídico é razoável que o desconhecimento de certas leis figure como atenuante.

c) Ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral

Relevante valor social. Interesse da coletividade. ***Relevante valor moral.*** Interesse particular do agente, mas apura-se de acordo com os princípios morais da sociedade.

d) Procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano

A reparação do dano pode ensejar a extinção da punibilidade (art. 312, § 3º, do CP), a incidência de causa de diminuição de pena (art. 16 do CP) ou o reconhecimento da circunstância atenuante (art. 65, II, *d*). Neste último caso, a reparação deve ocorrer antes do julgamento.

e) Cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima

Coação física irresistível: o coagido, por não possuir vontade, não pratica conduta (não pratica sequer fato típico).

Coação moral irresistível: o coagido, embora pratique fato típico e ilícito, é isento de pena (afasta-se a culpabilidade ante a inexigibilidade de conduta diversa).

Coação resistível: o coagido pratica um fato típico, ilícito e culpável, mas incide a atenuante (art. 65, II, *e*).

Cumprimento de ordem. Quem cumpre ordem legal de autoridade superior não pratica crime. Pode até praticar fato típico, mas não será ilícito diante da excludente descrita no art. 23, III, do CP. Se o fato é cometido em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da ordem, de modo que o inferior hierárquico é isento de pena (afasta-se a culpabilidade – art. 22 do CP). Finalmente, caso o agente pratique

um crime em cumprimento de ordem ilegal de autoridade superior, incidirá a atenuante.

Influência de violenta emoção. Justifica-se por ter a vítima provocado o agente por ato injusto, bem como por ter o agente agido sob a influência de violenta emoção, hipótese em que ocorre a diminuição de sua capacidade de autodeterminação, tornando menos reprovável a conduta.

▸ **INFLUÊNCIA X DOMÍNIO**

ATENUANTE (2ª FASE)	CAUSA DE DIMINUIÇÃO (3ª FASE)
Art. 65, III, c, do CP: "São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente: (...) c) cometido o crime (...) sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima"..	Art. 121, § 1º, do CP: "Se o agente comete o crime (...) sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço".
→ **dispensa a imediatidade** (a lei não constou "logo em seguida").	→ é necessária a **imediatidade** ("logo em seguida").
→ o agente deve estar **influenciado** pela violenta emoção.	→ o agente deve estar **dominado** pela violenta emoção.

Obs.: ***é incabível o reconhecimento dos dois institutos no mesmo caso.*** Vejamos: "1. Não é possível a aplicação concomitante do privilégio do § 1º do art. 121 do CP e o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "c", do CP. Tais institutos não se confundem, visto que, quanto ao homicídio privilegiado, o sujeito está dominado pela excitação dos seus sentimentos (ódio, desejo de vingança, amor exacerbado, ciúme intenso) e foi injustamente provocado pela vítima, momentos antes de tirar-lhe a vida. As duas grandes diferenças entre o privilégio e a atenuante (art. 65, III, c, do CP) são as seguintes: a) para o privilégio exige a lei que o agente esteja dominado pela violenta emoção e não meramente influenciado, como mencionado no caso da atenuante; b) determina a causa de diminuição de pena que a reação à injusta provocação da vítima se dê logo em seguida, enquanto a atenuante nada menciona nesse sentido (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 741). 2. No presente caso, durante o julgamento, o Conselho de Sentença reconheceu que o homicídio foi cometido na sua forma privilegiada, sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, nos termos do artigo 121, § 1º, do CP e, não, sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima (art. 65, inciso III, alínea "c", do CP). Dessa forma, por serem institutos diversos, não há como se reconhecer a incidência do privilégio e da atenuante genérica" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1835054, j. 22/10/2019).

f) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime

Confissão. Consiste no reconhecimento por parte de alguém, e perante uma autoridade competente, da prática de uma infração penal. É a admissão de que praticou ou concorreu de algum modo para o crime. Justifica a atenuante em razão da colaboração do agente com a instrução processual. Para incidir a lei traz dois requisitos: 1) espontaneidade (espontâneo = livre de coação); 2) que seja

realizada perante a autoridade (ex.: delegado, juiz). Decidiu o STJ: "A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, independe se a confissão foi integral, parcial, qualificada, meramente voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na espécie" (STJ, 5ª T., HC 528.631, j. 07/11/2019).

Súmula 545 do STJ: "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal".

Súmula 630 do STJ: "A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio".

Acordo de não persecução penal. Um dos requisitos para a propositura do acordo do ANPP é ter "o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos" (art. 28-A do CPP).

Classificações da confissão:

Confissão espontânea. A vontade surge do próprio agente, o qual não é induzido por fatores externos. Ex.: desde o início das investigações o autor contribui para o esclarecimento dos fatos.

Confissão voluntária. O agente é induzido por fatores externos. Ex.: percebe que as provas já comprovaram o delito e resolve confessar.

Confissão total. Envolve o esclarecimento de todos os fatos e circunstâncias.

Confissão parcial. Envolve o esclarecimento de parcela dos fatos e das circunstâncias.

Confissão extraprocessual. Ocorre perante autoridade responsável pela investigação. Ex.: delegado de polícia no inquérito policial; Promotor de Justiça no procedimento investigatório criminal – PIC (Resolução n. 181/2017 do CNMP).

Confissão qualificada. O agente confessa o fato, mas alega alguma tese defensiva, como ausência de dolo, causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade. Há divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a sua possibilidade e incidência como atenuante. Vejamos: **1ª posição (atenua):** predomina no STJ que "A confissão espontânea, ainda que seja parcial ou qualificada, judicial ou extrajudicial ou ainda que tenha havido a retratação, deve ser reconhecida como atenuante quando utilizada para fundamentar a condenação" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 575543, j. 06/10/2020). **2ª posição (não atenua):** "A confissão qualificada não é suficiente para justificar a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal (...) A aplicação da atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal não incide quando o agente reconhece sua participação no fato, contudo, alega tese de exclusão da ilicitude" (STF, 1ª T.,

HC 119671, j. 05/11/2013); "(...) a natureza qualificada da confissão - a partir da negativa do aspecto criminoso da conduta - afasta a possibilidade de aplicação da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal" (STF, 1ª T., AP 892, j. 26/02/2019).

Confissão com posterior retratação. Ocorre a confissão em um primeiro momento e, posteriormente, o agente se retrata, negando a autoria do crime. Ex.: perante a autoridade policial no IP, ou perante o Promotor de Justiça no PIC, o agente confessa a autoria do crime, mas durante o interrogatório judicial vem a negar a sua participação no fato. A propósito: "1. Este Superior Tribunal possui o entendimento de que, se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, é irrelevante o fato de a confissão haver sido espontânea ou não, total ou parcial (qualificada), ou mesmo que haja ocorrido posterior retratação. Inteligência da Súmula n 545 do STJ. 2. No caso, a confissão do réu contribuiu para a comprovação da autoria em relação ao delito, razão pela qual deve incidir a atenuante" (STJ: 6ª T., AgRg no HC 526.401, j. 15/10/2019). No mesmo sentido: STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1854548, j. 30/06/2020.

Obs.: acerca da discussão no sentido de **a confissão ser circunstância preponderante** (art. 67 do CP) e, como tal, poder ser compensada com outra circunstância preponderante (ex.: reincidência), vide tópico acima - "Concurso de agravantes e atenuantes".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2019 - TJ-BA - Juiz de Direito) À luz da jurisprudência do STJ a respeito das circunstâncias judiciais e legais que devem ser consideradas quando da aplicação da pena, assinale a opção correta.

a) A confissão qualificada, na qual o réu alega em seu favor causa descriminante ou exculpante, não afasta a incidência da atenuante de confissão espontânea.

b) A confissão espontânea em delegacia de polícia pode servir como circunstância atenuante, desde que o réu não se retrate sobre essa declaração em juízo.

c) Uma condenação transitada em julgado de fato posterior ao narrado na denúncia, embora não sirva para fins de reincidência, pode servir para valorar negativamente a personalidade e a conduta social do agente.

d) A reincidência penal pode ser utilizada simultaneamente como circunstância agravante e como circunstância judicial.

e) A múltipla reincidência não afasta a necessidade de integral compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, haja vista a igual preponderância entre as referidas circunstâncias legais.

Gabarito: A.

(CESPE - 2019 - DPE-DF - Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A confissão espontânea na delegacia de polícia retratada em juízo deverá ser considerada atenuante da confissão espontânea, ainda que o magistrado não a utilize para fundamentar a condenação do réu".

RELACIONANDO OS TEMAS

Confissão e colaboração premiada. Pode o agente ir além da mera confissão e colaborar com a investigação e com o processo criminal. Nesses casos, os benefícios da legislação são mais amplos. É o que ocorre com a colaboração premiada (art. 4º da Lei nº 12.850): "O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada".

Confissão e acordo de não persecução penal (ANPP). Como referido acima, o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19, com vigência a partir do dia 23/01/2020), incluiu o art. 28-A ao Código de Processo Penal e tratou do acordo de não persecução penal. Prevê, como pressuposto para a celebração do acordo, que o investigado tenha confessado formal e circunstanciadamente a prática do crime. Caso o agente descumpra o acordo, o Ministério Público promoverá a ação penal e terá uma confissão válida nos autos.

g) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou

O agente que provocou o tumulto, além de não fazer jus à atenuante, ainda responde pela contravenção penal do art. 40 da Lei das Contravenções Penais.

2.4.2. *Atenuante inominada (art. 66 do CP)*

Consoante o art. 66 do CP, a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Como exemplos, podem ser citados os casos da **coculpabilidade** e da **culpabilidade pela vulnerabilidade** (remetemos o leitor ao Capítulo 'Culpabilidade').

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2017 – TJ-SP – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na aplicação da pena: o desconhecimento da lei constitui circunstância atenuante, podendo ainda a pena ser atenuada em razão de fato relevante, embora não previsto em lei, desde que necessariamente anterior ao crime".

(MPF – 20º Concurso – Procurador da República) EM TEMA DE CULPABILIDADE, A CHAMADA "COCULPABILIDADE": a) não tem guarida no nosso sistema normativo penal. b) expressa-se na teoria da duplicidade do dolo. c) fica reconhecida no disposto no artigo 66 do Código Penal. d) propicia a chamada culpabilidade pela decisão de vida. **Gabarito: C.**

A legislação específica dispõe sobre atenuantes que deverão ser observadas.

- *Lei ambiental:* "Lei 9.605/98. Art. 14. São circunstâncias que atenuam a pena: I – baixo grau de instrução ou escolaridade do agente; II – arrependimento

do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada; III - comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental; IV - colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental".

- *Grau de integração do silvícola*: "Estatuto do Índio (Lei 6.001/73). Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola". Decidiu o STJ: "(...) a realização do estudo antropológico se apresenta como relevante instrumento de melhor compreensão dos contornos socioculturais dos fatos analisados, bem como dos próprios indivíduos a quem são imputadas as condutas delitivas, de modo a auxiliar o Juízo de primeiro grau na imposição de eventual reprimenda, mormente diante do que prescreve o art. 56 do Estatuto do Índio, segundo o qual, "[n]o caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola" (STJ, 6ª T., RHC 86.305, j. 01/10/2019).

3. CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO (3ª FASE)

Causas de aumento (ou majorantes) são circunstâncias que demonstram maior reprovabilidade e elevam a pena. O legislador, diante de uma circunstância, estabelece um determinado aumento a incidir na terceira fase de aplicação da pena. Esse aumento pode ser fixo ou variável. Exemplos (majorantes):

- Aumento fixo: roubo em que a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo. Conforme o inciso I do § 2º-A do artigo 157 do Código Penal, acrescentado pela Lei n. 13.654/18, o aumento é de 2/3.
- Aumento variável: 1) roubo em que a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca. Conforme o inciso VII do § 2º do artigo 157 do Código Penal, acrescentado pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19, com vigência a partir de 23/01/2020), o aumento é de 1/3 a 1/2. Obs.: É exigida fundamentação concreta para fixar a fração, devendo o juiz ter cuidado para não incidir duas vezes a mesma circunstância, em especial as do art. 59 do CP. 2) a Lei nº 14.112, de 24/12/2020 (com 30 dias de *vacatio legis*), alterou o § 2º do artigo 168 da Lei de Falências (Lei nº 11.101/05), que trata da majorante da *Contabilidade paralela e distribuição de lucros ou dividendos a sócios e acionistas até a aprovação do plano de recuperação judicial*: "A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até metade se o devedor manteve ou movimentou recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação, inclusive na hipótese de violação do disposto no art. 6º-A desta Lei".

Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(FCC - 2020 - TJ-MS - Juiz Substituto) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na aplicação da pena, o juiz, na terceira fase do cálculo, ao fixar a fração de acréscimo pela causa de aumento identificada, sempre atentará à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima".

As majorantes não devem ser confundidas com as qualificadoras, já que nestas a lei não estabelece um valor a incidir sobre determinada pena, mas sim comina diretamente uma pena autônoma, estabelecendo o mínimo e o máximo. Exemplos (qualificadoras):

- *Furto com emprego de explosivo (art. 155, § 4º-A, CP):* a Lei n. 13.654/18, criou a qualificadora do § 4º-A, com pena de reclusão de 4 a 10 anos e multa.
- *Incitação ao suicídio ou à automutilação com resultado morte (art. 122, § 2º, CP):* a Lei n. 13.968/19 criou a qualificadora do § 2º, com pena de reclusão de 2 a 6 anos.
- *Contratação inidônea (art. 337-M do CP): a nova Lei de Licitações incluiu ao Código Penal o art. 337-M* ("Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - reclusão, de 1 a 3 anos, e multa"). Se o autor "celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo", incidirá a forma qualificada do respectivo § 1º, com pena de reclusão de 3 a 6 anos e multa.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FAPEMS - 2017 - PC-MS - Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A qualificadora da torpeza no crime de homicídio (CP, artigo 121, § 2º, inciso I) determina a majoração do quantum de pena privativa de liberdade na terceira fase da dosimetria".

As causas de diminuição (ou minorantes) são circunstâncias que diminuem a pena em razão da menor reprovabilidade do fato praticado pelo agente. A lei estabelece um valor a incidir sobre a pena cominada. Ex.: art. 155, § 2º, do CP ("Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, **diminuí-la de um a dois terços**, ou aplicar somente a pena de multa").

Como vimos acima, na primeira fase do critério trifásico, as circunstâncias judiciais são valoradas para a fixação da pena-base, ao passo que, na segunda fase, as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) são consideradas para a fixação da pena intermediária, respeitando os limites legais. Por fim, na terceira fase, as causas de diminuição e de aumento porventura existentes são reconhecidas para a fixação da pena definitiva. **As causas de aumento podem superar o máximo da pena abstrata e as causas de diminuição podem reduzir a pena abaixo do mínimo previsto.** Ex.: o homicídio simples prevê uma pena mínima de seis anos de reclusão. Aplicando-se a causa de diminuição de pena prevista no art. 121, § 1º (diminuição de 1/6 a 1/3), a pena poderá ficar abaixo dos 6 anos. Por outro lado, aplicando-se a causa de aumento prevista na parte final do § 4º (homicídio doloso contra menor de 14 anos), a pena poderá superar o máximo de 20 anos.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-GO - 2016 - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "As majorantes e minorantes, também conhecidas como causas de aumento e de diminuição de pena, são encontradiças em nosso Código Penal, tanto na Parte Geral,

quanto na Parte Especial, especificando o quantum do aumento ou da diminuição da pena em frações, dobro ou triplo, por exemplo. São aplicadas na terceira e última fase da Sentença Penal Condenatória. As agravantes e atenuantes somente são encontradas em nosso Código Penal na Parte Geral e não dizem o quantum irão agravar ou atenuar a pena do autor delituoso, ficando a critério do juiz. Este poderá reconhecer a existência de atenuantes inominadas. As agravantes e atenuantes são aplicadas na segunda fase da dosimetria da pena. Já as qualificadoras somente são encontradas na Parte Especial do Código Penal, constituindo-se em um verdadeiro tipo qualificado, que piora a situação do autor do delito, possuindo um novo mínimo e um novo máximo da pena em abstrato mais gravoso em relação ao tipo fundamental ou básico. Situa-se na primeira fase da dosimetria da pena".

Concurso de causas de aumento ou de diminuição. Se houver concurso de causas de aumento ou diminuição previstas na **parte geral** do CP, o juiz deverá aplicar todas elas. No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na **parte especial** do CP, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua (art. 68, parágrafo único, do CP). Ex.: causa de aumento prevista nos arts. 250, § 1º, e 258, 1ª parte. Por sua vez, as causas de aumento incidem umas sobre as outras, assim como as de diminuição. Portanto, se a pena intermediária for fixada em 6 anos e houver duas causas de aumento de metade, a pena definitiva será de 13 anos e 6 meses. Com o primeiro aumento de metade, a pena se elevaria para 9; com o segundo, a incidir sobre o último resultado (9 anos), chega-se ao total de 13 anos e 6 meses.

SÚMULAS DO STJ

- **Súmula 442:** "É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo".
- **Súmula 443:** "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na aplicação da pena, incidindo as causas de diminuição da tentativa e do arrependimento posterior, pode o juiz limitar-se a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais diminua".

(MP-PR – 2019 – Promotor de Justiça) Considerando o entendimento sumulado dos Tribunais Superiores, analise as assertivas abaixo e assinale a alternativa: I. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. II. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. III. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. V. É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. a) Todas as alternativas estão corretas. b) Apenas as alternativas I e II estão corretas. c) Apenas a alternativa II está incorreta. d) Apenas as alternativas III e IV estão corretas. e) Apenas a alternativa IV está incorreta. **Gabarito: A.**

(FUNDEP – 2017 – MP-MG – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Que, no concurso de duas ou mais causas de aumento ou de diminuição, promoverá o juiz, em qualquer caso, a incidência de uma só, recaindo a escolha, que é da lei, sobre a que mais aumente ou mais diminua".

(FCC – 2016 – DPE-ES – Defensor Público) Foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas: "Pode o juiz limitar-se a um só aumento, se houver concurso de causas previstas na parte geral do Código Penal"; "O respectivo acréscimo sempre pode ser integralmente compensado por igual redutor de eventual causa de diminuição, pois ausente prejuízo para o réu"; "Devem ser calculadas pelas circunstâncias da própria causa de aumento ou pelas circunstâncias do crime, se previstas em limites ou quantidades variáveis".

(FAURGS – 2016 – TJ-RS – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Segundo a orientação jurisprudencial dominante no Superior Tribunal de Justiça, quando da aplicação do método trifásico da pena, o juiz poderá aplicá-la abaixo do mínimo legal apenas no momento de fixação da pena definitiva, não sendo possível diminuí-la em momento anterior, ainda que reconhecida alguma circunstância atenuante".

(FCC – 2016 – DPE-ES – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O respectivo acréscimo sempre pode ser integralmente compensado por igual redutor de eventual causa de diminuição, pois ausente prejuízo para o réu".

(FCC – 2015 – TJ-RR – Juiz de Direito) No concurso de causas de aumento ou de diminuição: a) o juiz pode limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que menos aumente ou diminua; b) todas devem ser aplicadas, se previstas na parte geral do Código Penal; c) o juiz pode limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, independentemente de a causa ser prevista na parte especial ou geral do Código Penal; d) a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade e da reincidência; e) o juiz pode limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que menos aumenta e mais diminua. **Gabarito: B.**

(FCC – 2015 – DPE-MA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na hipótese de concorrerem causas de aumento ou diminuição de pena previstas na Parte Especial do Código Penal, o juiz pode fazer um só aumento ou uma única redução, o que se aplica à Parte Geral, igualmente".

(FCC – 2015 – TJ-PE – Juiz de Direito) No cálculo da pena, o juiz deverá considerar o arrependimento posterior, a culpabilidade e a confissão espontânea nas seguintes etapas, respectivamente: a) primeira, segunda e terceira; b) terceira, segunda e primeira; c) primeira, terceira e segunda; d) terceira, primeira e segunda; e) segunda, primeira e terceira. **Gabarito: D.**

Capítulo IV

Penas restritivas de direitos

1. INTRODUÇÃO

1.1. Espécies

As penas restritivas de direitos são chamadas de penas alternativas, pois são uma alternativa às penas privativas de liberdade. Como bem sabemos, o cárcere, além de oneroso ao Estado, causa inúmeros efeitos estigmatizantes. As penas restritivas cumprem um importante papel para atingir as finalidades da pena (retribuição-prevenção-ressocialização).

Nos termos do art. 43 do CP (com redação dada pela Lei nº 9.714/98), são as seguintes:

a) **Prestação pecuniária** (art. 45, § 1º), que pode consistir em prestação de **outra natureza**, se houver aceitação do beneficiário (art. 45, § 2º);

b) **Perda de bens e valores** (art. 45, § 3º);

c) **Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas** (art. 46);

d) **Interdição temporária de direitos**, que possui cinco subespécies (art. 47):

> I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
>
> II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
>
> III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.
>
> IV – proibição de frequentar determinados lugares.
>
> V – proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

e) **Limitação de fim de semana** (art. 48).

Obs.: alguns autores acrescentam ainda a chamada **"multa substitutiva"** (substituição da pena privativa de liberdade por multa – CP, arts. 44, § 2º e 60, § 2º).

1.2. Natureza jurídica

Duas são as espécies de sanção penal: 1) penas (penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos e pena de multa); 2) medidas de segurança (internação e tratamento ambulatorial).

Assim, as penas restritivas de direitos são **espécies de pena**, como também a pena privativa de liberdade e a pena de multa, e, como tal, são **penas autônomas**.

Entretanto, na sistemática do Código Penal elas são **penas substitutivas** às privativas de liberdade. Isto quer dizer que elas são aplicáveis independentemente de cominação na parte especial, já que se aplicam em substituição à pena privativa de liberdade. Exemplificando: no crime de furto o preceito secundário do tipo penal comina as seguintes penas: 1ª) pena privativa de liberdade (reclusão de 1 a 4 anos); 2ª) multa. Não comina pena restritiva de direitos, mas, se preenchidos os requisitos legais, como veremos, poderá haver a sua aplicação em substituição à privativa de liberdade.

Nenhum dos crimes previstos na parte especial do CP comina penas restritivas de direitos. No entanto, alguns delitos dispostos na legislação penal especial preveem tais penas no preceito secundário. Exemplos:

- O art. 302 da Lei nº 9.503/97 (CTB) prevê as seguintes penas para o homicídio culposo: 1ª) pena privativa de liberdade (detenção de 2 a 4 anos); e 2ª) pena restritiva de direitos (suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor).
- A Lei nº 13.546/17 acrescentou um § 3º ao crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB), nos seguintes termos: "Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Penas – reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor". São previstas, portanto, as seguintes penas: 1ª) privativa de liberdade (reclusão de 5 a 8 anos); e 2ª) restritiva de direitos (suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor).
- A Lei nº 14.064, de 29/09/2020, incluiu ao art. 32 da Lei dos Crimes Ambientais ("Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos") o §1º-A: "Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda". Assim, além da pena privativa de liberdade (reclusão de 2 a 5 anos), há previsão de multa e de pena alternativa (proibição da guarda).

1.3. Classificação

As penas restritivas são classificadas como: ***a) comuns ou genéricas:*** aplicação em quaisquer infrações (ex.: limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária); ***b) específicas ou especiais:*** aplicação em apenas alguns crimes (ex.: interdição de direito, como a suspensão de habilitação para dirigir).

1.4. Duração

Nos termos do art. 55 do CP, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana terão a **mesma duração da pena privativa de liberdade substituída**.

O art. 46, § 4º, possibilita o cumprimento da pena substituída (prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas) em menor tempo, desde que esta seja superior a um ano e o seu cumprimento nunca seja inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. Ex.: uma pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão substituída por pena de prestação de serviço poderá ser cumprida, no mínimo, em 1 ano. Para isso, o condenado deverá trabalhar mais horas por dia. A regra é uma hora de tarefa por dia de condenação.

O cumprimento das penas de *prestação pecuniária* e *perda de bens e valores* não estão sujeitas ao tempo da pena privativa de liberdade.

As penas restritivas de direitos não admitem execução provisória (LEP, art. 147). Nesse sentido: "A Terceira Seção desta Corte, ao julgar o EREsp n.º 1.619.087/SC (...), fixou entendimento de não ser possível a execução provisória de penas restritivas de direitos, conforme disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal. E, na sessão de julgamento do dia 24/10/2018, o referido Colegiado, por maioria de votos, reafirmou a orientação já adotada" (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 1684895, j. 16/06/2020).

1.5. Penas restritivas de direitos e suspensão dos direitos políticos

Consoante o art. 15, III, da Constituição Federal, ocorre a suspensão dos direitos políticos com a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

Como a pena restritiva de direitos é aplicada em substituição à pena privativa de liberdade, imposta em sentença condenatória irrecorrível, o condenado fica com seus direitos políticos suspensos. Precedentes: "I - A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não impede a suspensão dos direitos políticos. II - No julgamento do RE 179.502/SP, Rel. Min. Moreira Alves, firmou-se o entendimento no sentido de que não é o recolhimento do condenado à prisão que justifica a suspensão de seus direitos políticos, mas o juízo de reprovabilidade expresso na condenação" (STF, 1ª T., RE 577012 AgR, j. 09/11/2010).

Ainda: "1. A regra de suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, é autoaplicável, pois trata-se de consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. 2. A autoaplicação independe da natureza da pena imposta. 3. A opção do legislador constituinte foi no sentido de que os condenados criminalmente, com trânsito em julgado, enquanto durar os efeitos da sentença condenatória, não exerçam os seus direitos políticos" (STF, Pleno, RE 601182, j. 08/05/2019).

2. REGRAS PARA A APLICAÇÃO

2.1. Requisitos para a substituição

1º) **Aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo (art. 44, I).** Trata-se de pena aplicada (concreta) e não da pena cominada (abstrata).

2º) **Crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (art. 44, I).** Esse requisito se refere aos crimes dolosos. Desse modo, não se aplica a pena restritiva, por exemplo, aos crimes de roubo e extorsão. Em virtude dessa proibição, não será possível pena restritiva de direitos ao crime de lesão corporal de natureza leve (art. 129, *caput*, do CP). No entanto, entendemos ser possível a aplicação das penas restritivas de direitos mesmo se o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, mas desde que seja infração penal de menor potencial ofensivo. Se nestas infrações se pode realizar transação penal e aplicar pena alternativa, mesmo sem processo penal, não teria sentido proibir a sua aplicação na condenação.

▸ **Atenção:**

- **Súmula 588 do STJ:** "A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos". No mesmo sentido, o STF (HC 137888, j. 31/10/2017) decidiu que é vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de contravenção penal envolvendo violência doméstica.
- A Lei nº 14.071, de 13/10/2020, com *vacatio legis* de 180 dias, alterou o CTB para incluir o **art. 312-B**: "Aos crimes previstos no § 3º do art. 302 e no § 2º do art. 303 deste Código não se aplica o disposto no inciso I do caput do art. 44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)".

3º) **O réu não for reincidente em crime doloso (art. 44, II), salvo se a medida for socialmente recomendável e não ocorra a reincidência específica (art. 44, § 3º).** A reincidência específica ocorre quando o novo crime for da mesma espécie do crime anterior (ex.: furto e furto). No caso de reincidência genérica, caso o juiz decida pela impossibilidade da substituição da pena, deve apresentar a devida fundamentação, ou seja, não pode apenas mencionar que o condenado é reincidente para deixar aplicar a substituição. Precedente: STF, 1ª T., HC 94990, j. 02/12/2008.

4º) **A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (art. 44, III).** São requisitos de ordem subjetiva. Deverá o juiz aferir se a medida é suficiente (**princípio da suficiência ou juízo de suficiência**), isto é, a pena deve ser suficiente para fins de reprovação e prevenção do crime. Para isso deverá observar a *culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias* do crime. Repare que os requisitos se referem às circunstâncias já analisadas para a fixação da pena-base. Assim, se estas foram consideradas preponderantemente desfavoráveis, e a pena-base for fixada bem acima do mínimo legal, consequentemente acarretará a ausência do preenchimento dos requisitos para a aplicação da pena restritiva de direitos.

O STJ, por sua vez, possui decisões no sentido de que basta apenas uma destas circunstâncias judiciais ser desfavorável para impedir a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do art. 44, III, do CP (6ª T., HC 255.115, j. 18/03/2014). Ainda: "A presença de circunstância judicial desfavorável com pena-base fixada acima do mínimo legal é fundamentação suficiente para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a ausência do requisito subjetivo e frente à necessidade de maior reprovação da conduta, na hipótese, ainda que a pena seja estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1473781, j. 17/09/2019); "A circunstância judicial desfavorável não autoriza a concessão da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 590997, j. 01/09/2020). Não comungamos com esse entendimento limitativo. A simples afirmação de uma circunstância judicial desfavorável pode não ter, no caso concreto, intensidade suficiente a demonstrar uma maior reprovabilidade do fato ou a necessidade de prevenção a ponto de afastar a substituição. Se a própria circunstância agravante *reincidência*, a depender do caso, não se mostra como impedimento para a substituição (art. 44, § 3º), com maior razão uma circunstância judicial também não o poderia, como, por exemplo, os antecedentes.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – TJ-PR – Juiz de Direito) Em cada uma das opções a seguir, é apresentada uma situação hipotética seguida de uma assertiva a ser julgada, a respeito da substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos. a) Antônio, com anterior condenação transitada em julgado pelo delito de dano ao patrimônio público, foi processado e condenado à pena privativa de liberdade de um ano e dois meses de reclusão pelo cometimento do delito de receptação. Nessa situação, em razão da reincidência criminal em crime doloso, não é cabível a substituição da pena corporal imposta a Antônio por pena restritiva de direitos. b) Manoel foi processado e condenado pela prática de violência física, de ameaça e de lesão corporal em contexto de violência doméstica contra a mulher, tendo-lhe sido impostas as penas privativas de liberdade de quinze dias de prisão simples e de três meses e um mês de detenção, em regime aberto. Nessa situação, somente é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em relação à contravenção de violência física. c) Pedro, réu primário, foi processado e condenado pela prática de delito de roubo simples na modalidade tentada, tendo-lhe sido imposta pena privativa de liberdade de dois anos e oito meses de reclusão, em regime aberto. Nessa situação, a pena privativa de liberdade imposta a Pedro poderá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos. d) Alberto, réu primário e em circunstâncias judiciais favoráveis, praticou crime de homicídio culposo qualificado ao conduzir embriagado veículo automotor. Em razão dessa conduta, ele foi processado e condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade de cinco anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto. Nessa hipótese, o quantum de pena fixado não impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. e) João foi processado e condenado à pena privativa de liberdade de um ano e oito meses de reclusão, em regime aberto, pela prática de delito de tráfico de drogas na forma privilegiada. Nessa hipótese, haja vista a condenação por delito equiparável a hediondo, não é admitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. **Gabarito: D.**

(MP-SP - 2019 - Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Consoante disposto no Código Penal, o agente reincidente em crime doloso pode ter sua pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos".

(FUNDEP - 2019 - DPE-MG - Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos".

(CESPE - 2017 - TRE-BA - Analista Judiciário) Foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas: "II. Em se tratando de reincidentes em crimes dolosos, as penas restritivas de direitos não podem ser autônomas; III. São penas restritivas de direitos: interdição temporária de direitos e pagamento de multa".

(CESPE - 2015 - TJ-DFT - Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Pedro, com vinte e oito anos de idade, capaz, primário, de corpo avantajado, desarmado, faixa preta em judô, trajando quimono, de forma intimidatória e exalando odor etílico, determinou que Ana, com dezessete anos de idade, capaz, entregasse a ele seu celular, sem que fosse possível a ela impor qualquer resistência. Por tais fatos, Pedro foi condenado, definitivamente, por crime de roubo simples, à pena de quatro anos de reclusão. Nessa situação, há vedação legal para que a pena de Pedro seja substituída por pena restritiva de direitos".

2.2. Questões pontuais

Concurso de crimes. Na hipótese de concurso de crimes, a substituição deverá observar o total da pena imposta pelos delitos. Nesse sentido: "1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando se encontram preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44, do Código Penal. 2. In casu, a pena foi mantida em patamar superior a quatro anos, impedindo a conversão da reprimenda em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP. 3. Em caso de concurso material de crimes, a análise do preenchimento dos requisitos objetivos para a concessão da permuta da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou do sursis deve considerar a soma das penas fixadas, nos termos da Jurisprudência desta Corte Superior" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 780522, j. 14/08/2018).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2015 - TJ-DFT - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Glauber, com trinta e um anos de idade, capaz, primário, foi condenado, definitivamente, em concurso material, pelo crime de supressão de correspondência comercial, à pena de detenção de dois anos; e, por divulgação de informações sigilosas, à pena de detenção de quatro anos e pena pecuniária. Nessa situação, Glauber tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos".

Direito subjetivo de escolher a PRD (inexistência). "Nos termos da jurisprudência consolidada por esta Corte Superior, não existe direito subjetivo do réu em optar, na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por qual medida prefere cumprir, cabendo ao judiciário fixar a medida mais adequada ao caso concreto. Devidamente fundamentada na necessidade

de repressão efetiva ao comportamento ilícito, a substituição pelo Tribunal de origem da restrição de fim de semana por serviços à comunidade não caracteriza constrangimento ilegal" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 582302, j. 03/11/2020).

Lei Maria da Penha. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa (art. 17 da Lei nº 11.340/06). Ademais, "A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos" (**Súmula 588 do STJ**).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Por ser norma geral de fixação da pena, é possível a conversão da pena privativa de liberdade em multa nos crimes de violência doméstica e familiar contra mulher".

(FCC – 2018 – MP-PB – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "É possível a aplicação de prestação de serviços a entidades públicas, bem como a limitação temporária de direitos ao autor de crime, com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico, contra a mulher".

(FCC – 2017 – DPE-RS – Analista) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Quanto à aplicação da pena: em condenação por crime cometido com violência doméstica, em princípio é cabível aplicar a multa isolada quando a pena final for de até seis meses de detenção e desde que satisfeitos os demais pressupostos e requisitos legais para a substituição".

Crimes militares. "Não cabe substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em delitos militares, sendo inaplicável a analogia na espécie" (STF, 1ª T., HC 91.155, j. 21/06/2007). No mesmo sentido: STF, 2ª T., HC 94.083, j. 09/02/2010. O STJ comunga da mesma posição: "Não se aplica aos crimes militares a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista no art. 44 do Código Penal, pois o art. 59 do Código Penal Militar disciplinou de modo diverso as hipóteses de substituição cabíveis sob sua égide" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 361.778, j. 27/06/2017).

▸ **Importante:**

- **PRD e crimes hediondos.** A Lei 8.072/90 não veda expressamente a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade para penas restritivas de direitos em crimes hediondos e equiparados, de sorte que se admite a sua aplicação, desde que presentes os requisitos legais.
- **PRD e Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06).** Em relação aos crimes previstos no art. 33, *caput*, e seu § 1º, e nos arts. 34 a 37, por expressa disposição legal, é vedada a substituição da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos. Entretanto, o STF (HC 97256, Tribunal Pleno, j. 01/09/2010) declarou incidentalmente

a inconstitucionalidade da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal, em virtude da ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Posteriormente, a **Resolução nº 5 do Senado Federal**, de 15 de fevereiro de 2012, suspendeu a execução da norma.

- **PRD e crimes ambientais.** A Lei 9.605/98 prevê as seguintes penas alternativas: I - prestação de serviços à comunidade; II - interdição temporária de direitos; III - suspensão parcial ou total de atividades; IV - prestação pecuniária; V - recolhimento domiciliar (art. 8º).
- **PRD e sursis da pena:** um dos requisitos para a concessão da suspensão condicional da pena (*sursis* da pena) é o não cabimento da PRD (art. 77, III).
- **Abuso de autoridade:** o art. 5º da Lei nº 13.869/2019 estabelece as seguintes penas restritivas de direitos: "I - prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; II - suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 (um) a 6 (seis) meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUMARC - 2018 - PC-MG - Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Beltrano, maior, capaz e primário, subtraiu um carneiro da fazenda de um amigo, sendo condenado a dois anos de reclusão. No caso concreto, possuindo todas as circunstâncias judiciais favoráveis e sendo mais benéfico ao réu, deve o juiz conceder a Beltrano a suspensão condicional da pena ao invés da substituição prevista no art. 44 do CP.

(FAPEMS - 2017 - PC-MS - Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A pena privativa de liberdade aplicada a crime hediondo praticado com violência ou grave ameaça é suscetível de substituição por restritiva de direito, se fixada em menos de 04 anos de reclusão".

(CESPE - 2016 - PC-PE - Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No crime de tráfico de entorpecente, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a fixação de regime aberto, quando preenchidos os requisitos legais".

(FMP - 2015 - DPE-PA - Defensor Público) "Não constitui pena restritiva de direitos prevista na Lei dos Crimes Ambientais: a) recolhimento domiciliar; b) suspensão parcial ou total de atividades; c) prestação pecuniária; d) perda de bens e valores; e) interdição temporária de direitos". **Gabarito: D.**

2.3. Formas ou critérios de aplicação

Nos termos do art. 44, § 2º, do CP:

a) ***Condenação igual ou inferior a 1 ano:*** a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos.

b) ***Condenação superior a 1 ano (substituição cumulativa):*** a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos (substituição cumulativa).

Para o STF o art. 44, § 2º, deve ser interpretado juntamente com o art. 60, § 2º, do CP ("a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 meses, pode ser substituída pela de multa, observados os requisitos exigidos para a aplicação das penas restritivas de direitos"). Assim sendo, a pena privativa de liberdade somente poderá ser substituída por pena de multa (**multa substitutiva**) se a **condenação não ultrapassar 6 meses**. Acima de 6 meses, a substituição está vinculada à pena restritiva de direitos. Constou no Informativo 605 do STF: "(...) Ressaltou-se que este órgão julgador, em precedente firmado no HC 83092/RJ (DJU de 29/08/2003), já se pronunciara no sentido da **impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por multa nas hipóteses de condenação superior a 6 meses**. Ademais, afirmara que: a) se a pena imposta ultrapassar 6 meses e for menor ou igual a 1 ano deverá ser aplicada uma restritiva de direitos; b) se superior a esse tempo, duas restritivas de direitos" (HC 98995, j. 19/10/2010).

Discordamos desse posicionamento por sustentarmos que o art. 60, § 2º foi revogado tacitamente pelo art. 44, § 2º, com a sua nova redação dada pela Lei nº 9.714/98.

PRISÃO + MULTA

Embora seja tecnicamente possível, a jurisprudência do STJ "considera não ser socialmente recomendável a aplicação da multa substitutiva em crimes cujo tipo penal prevê multa cumulativa com a pena privativa de liberdade" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 462.531, j. 23/04/2019). No mesmo sentido: STJ, 5ª T., HC 583839, j. 16/06/2020.

Exemplo: no crime de furto simples a pena é de reclusão de 1 a 4 anos e multa. Na hipótese de condenação, imaginemos que sejam fixadas pena privativa de liberdade de 1 ano e multa no valor de 10 dias-multa. Preenchidos os requisitos para a substituição, não seria recomendável o juiz substituir a pena de prisão por pena de multa, considerando que já foi fixada esta pena pecuniária.

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2017 – TRE-BA – Analista Judiciário) Depois de finalizado o devido processo legal, um indivíduo foi condenado à pena concreta mínima de um ano de reclusão e de dez dias-multa por ter praticado crime de estelionato. De acordo com o Código Penal e com o entendimento dos tribunais superiores, nesse caso é permitido ao juiz, na sentença condenatória:

a) converter a pena de reclusão aplicada em duas penas restritivas de direitos, sendo uma de prestação de serviços comunitários e outra de prestação pecuniária.

b) estabelecer prestação de serviços comunitários como condição do regime aberto.

c) aplicar o regime aberto, ainda que o condenado seja reincidente.

d) estabelecer regime mais severo que o permitido em lei, ainda que a pena base tenha se mantido no mínimo legal.

e) converter a pena de reclusão aplicada em uma pena de multa.

Gabarito: E.

3. CONVERSÃO (ART. 44, § § 4º E 5º)

3.1. Descumprimento injustificado da restrição imposta

Nos termos do art. 44, § 4º, do CP a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o **descumprimento injustificado da restrição imposta**.

Multa: a pena de multa não pode ser convertida em privativa de liberdade, pois o art. 51 do CP, que permitia a conversão, foi alterado pela Lei n. 13964/19 - Pacote Anticrime).

Prestação pecuniária e perda de bens e valores: 1ª *posição (majoritária):* admite a conversão em prisão, pois a lei só impede a conversão da multa. Nesse sentido: "Esta Corte já firmou entendimento no sentido da possibilidade de conversão da pena restritiva de direitos, na modalidade de **prestação pecuniária**, em pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, § 4º, do Código Penal" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 516321, j. 24/09/2019). No mesmo sentido: STF, 2ª T., HC 122563, j. 02/09/2014; STF, 2ª T., HC 83092, DJU 29/08/2003; 2ª *posição:* inadmissível, uma vez que a lei dispõe acerca do "descumprimento injustificado da restrição imposta", e essas penas possuem natureza pecuniária, da mesma forma que a multa, de sorte que não podem ser convertidas em prisão.

Princípio da detração penal: no cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de 30 (trinta) dias de detenção ou reclusão.

Contraditório: a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade deve obediência ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), sob pena de nulidade da decisão. A propósito: "Consolidou-se nesta Corte Superior entendimento de que, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, faz-se necessária a intimação do sentenciado para, com a presença de defensor, esclarecer as razões do descumprimento das medidas restritivas de direito antes da conversão delas em pena privativa de liberdade" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 549629, j. 04/08/2020).

3.2. Nova condenação

Sobrevindo condenação à pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (art. 44, § 5º, do CP).

3.3. Questões pontuais

Tempo do crime: é indiferente o tempo da prática do crime. A nova condenação pode ter sido por crime cometido antes ou durante o cumprimento da pena restritiva de direitos.

Conversão obrigatória: impossibilidade de cumprimento simultâneo da pena substitutiva anterior com a nova pena.

Conversão facultativa: possibilidade de cumprimento simultâneo da pena substitutiva anterior com a nova pena.

Contravenção: não se aplica a conversão. O art. 44, § 5º se refere a *crime*.

LEP: dispõe sobre outras causas de conversão em seu art. 181, § § 1º a 3º.

4. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS EM ESPÉCIE

4.1. Prestação pecuniária (art. 45, § 1º)

Conceito: a prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário-mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Finalidade: reparação do dano causado.

Destinatários: vítima ou seus dependentes (e não necessariamente os herdeiros) ou entidade pública ou privada com destinação social.

Valor: não inferior a um salário-mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários-mínimos.

Possibilidade de dedução: o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Prestação inominada (art. 45, § 2º): se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza (ex.: obrigação de fazer e doação de cestas básicas). Pela sua incerteza e imprecisão, há quem entenda que esta pena infringe o princípio da legalidade ou da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX, e CP, art. 1º).

Lei Maria da Penha: "É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa" (art. 17 da Lei nº 11.340/06). Nesse sentido, ainda, a **Súmula 588 do STJ**: "A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FMP – 2015 – DPE-PA – Defensor Público) "Assinale a alternativa incorreta: a) A prestação pecuniária somente se aplica em substituição à pena privativa de liberdade; b) A prestação pecuniária consiste em quantia fixada pelo juiz que é paga à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social; c) A quantia estipulada a título de prestação pecuniária deve variar entre um e trezentos e sessenta salários mínimos; d) A prestação pecuniária pode ser aplicada em substituição à pena privativa de liberdade ou cumulativamente com ela; e) É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária". **Gabarito: D.**

4.2. Perda de bens e valores (art. 45, § 3º)

Conceito: consiste na perda de bens e valores pertencentes aos condenados. Segundo predomina na doutrina, são os bens e valores **adquiridos de forma lícita**. Em sentido diverso, sustenta Paulo Queiroz que só compreende os bens e valores ilicitamente obtidos com a infração penal, o que faz ser a lei desnecessária, pois essa perda é um efeito da condenação penal (art. 91). Afirma ainda que se entendermos que os bens e valores são os lícitos, a pena seria inconstitucional por importar confisco (*Direito Penal. Parte Geral*, p. 432).

Previsão constitucional: art. 5º, XLVI, *b*, da CF.

Destinatário: em favor do Fundo Penitenciário Nacional, ressalvada a legislação especial.

Limite: seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

4.3. Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 46)

Conceito: consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

Previsão constitucional: art. 5º, XLVI, *d*, da CF (prestação social alternativa).

Aplicação: penas superiores a seis meses de privação da liberdade.

Local de cumprimento: a prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais (§ 2º).

Aptidões pessoais: as tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado.

Tempo de cumprimento das tarefas: devem ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (§ 3º).

Cumprimento antecipado: se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (§ 4º). ***LEP:*** arts. 149 e 150.

4.4. Interdição temporária de direitos (CP, art. 47)

a) proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo:

Ocorre apenas uma **proibição provisória de exercício** nos casos em que houver violação dos deveres que lhe são inerentes, diferentemente do art. 92, I, do CP (efeito penal da sentença condenatória), que prevê a **perda** permanente de cargo, função pública ou mandato eletivo.

b) proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público:

Somente se aplica se houver violação dos deveres que lhes são inerentes. Ex.: um médico, durante uma cirurgia, causa a morte de alguém por imprudência.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A pena de interdição temporária de direitos, prevista no inciso II do artigo 47 do Código Penal, não poderá ser aplicada se o crime não foi cometido com violação dos deveres inerentes à profissão, à atividade ou ao ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou de autorização do poder público".

(CESPE – 2010 – AGU – Procurador Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública pode ter caráter temporário, com natureza de pena de interdição temporária de direitos, mas pode também ter caráter permanente, se for efeito da condenação".

c) suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo:

Aplica-se aos crimes culposos de trânsito (art. 57) e quando houver relação com a conduta do agente de dirigir **veículo**. Analisando esse dispositivo juntamente com os art. 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro, concluímos que:

- ***Crime culposo (arts. 302 e 303 do CTB – homicídio e lesões culposas na condução de veículo "automotor"):*** aplica-se o CTB, que comina pena privativa de liberdade cumulativamente com pena restritiva de direitos (*suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor*). Não se aplica o Código Penal.
- ***Crime culposo na condução de veículo "que não seja automotor" (ex.: tração humana ou animal, como bicicletas, carroças etc.):*** aplica-se o Código Penal.

Por outro lado, poderá o juiz decretar como efeito específico da condenação a "inabilitação para dirigir veículo", quando utilizado como meio para a prática de **crime doloso** (art. 92, III, do CP).

d) proibição de frequentar determinados lugares:

Somente se justifica quando o lugar tiver alguma relação com o crime. Conforme o art. 55 do Código Penal, terá a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

A matéria é regulada pelos arts. 154 e 155 da Lei de Execução Penal.

e) proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. Acrescentada pela Lei nº 12.550/11, mesma legislação que criou o crime do art. 311-A do CP.

4.5. Limitação de fim de semana (art. 48)

Conceito: consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Atividades: durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas. Segundo art. 55 do CP, terá a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

A matéria é regulada pelos arts. 151 a 153 da Lei de Execução Penal.

Capítulo V

Pena de multa

1. CONCEITO

A pena de multa consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário de certa quantia em dinheiro. A quantia é fixada na sentença e calculada em dias-multas. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

2. COMINAÇÃO

a) **Multa abstrata** (sanção principal – CP, arts. 32, III, e 58): pena de multa cominada no tipo penal (pena abstrata). Na sentença condenatória, a pena de multa é aplicada diretamente pelo juiz, ou seja, não é substitutiva da pena privativa de liberdade.

b) **Multa substitutiva ou vicariante** (CP, art. 44, § 2º e art. 60, § 2º): na sentença condenatória, primeiro aplica-se a pena privativa de liberdade para depois realizar-se a substituição pela multa. Assim, mesmo que o tipo penal não tenha previsto a pena de multa (multa abstrata), pode o juiz aplicá-la (multa substitutiva).

Obs.: com a redação dada pela Lei n.º 9.714/98 ao art. 44, § 2º, entendemos que o art. 66, § 2º, foi tacitamente revogado.

3. CUMULAÇÃO DE MULTAS

Nada impede que na condenação seja aplicada pena de multa (multa substitutiva) cumulada com pena de multa prevista no preceito secundário do tipo penal. Ex.: o preceito secundário do tipo penal comina penas ***privativa de liberdade*** (detenção de 3 meses a 1 ano) e ***multa***. Na sentença são aplicadas penas ***privativa de liberdade*** (substituída por pena de multa) e ***multa*** (a qual já era cominada no preceito secundário).

Há exceção na **Súmula 171 do STJ**: "Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa".

4. LEGITIMIDADE ATIVA DA EXECUÇÃO DA MULTA

> **Art. 51.** Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

O Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19, com a partir do dia 23/01/2020) deu nova redação ao art. 51 do Código Penal. Foi inserida a expressão "a multa será executada perante o **juiz da execução penal**". Antes da alteração havia divergência sobre qual seria o juízo competente, sendo a questão resolvida com a decisão do STF na ADI 3150.

ADI 3150

O Plenário do STF definiu que o Ministério Público é o principal legitimado para executar a cobrança das multas pecuniárias fixadas em sentenças penais condenatórias. Na ocasião, os ministros entenderam que, por ter natureza de sanção penal, a competência da Fazenda Pública para executar essas multas se limita aos casos de inércia do MP (STF, Pleno, ADI 3150, j. 13/12/2018). O tema também foi debatido na 12ª Questão de Ordem apresentada na AP 470 ("Mensalão").

A controvérsia dizia respeito à antiga redação do artigo 51 do Código Penal (dada pela Lei n. 9.268/96), que estabelecia a conversão da multa pecuniária em dívida de valor após o trânsito em julgado da sentença condenatória e determinava que a cobrança se dê conforme as normas da legislação relativa à dívida ativa. A Procuradoria-Geral da República ajuizou a ADI 3150 pedindo que o texto seja interpretado de forma a conferir legitimidade exclusiva ao MP para executar essas dívidas. A União, por sua vez, argumentou que a competência seria da Fazenda Pública.

Conforme o voto do ministro Roberto Barroso, Relator, o fato de a redação do artigo 51 do Código Penal (dada pela Lei n. 9.268/96) transformar a multa em dívida de valor não retira a competência do MP para efetuar sua cobrança. Ele lembrou que a multa pecuniária é uma sanção penal prevista na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLVI, alínea c), o que torna impossível alterar sua natureza jurídica por meio de lei. Ressaltou, também, que a Lei de Execuções Penais (LEP), em dispositivo expresso, reconhece a atribuição do MP para executar a dívida. Segundo Barroso, o fato de o MP cobrar a dívida, ou seja, executar a condenação, não significa que ele estaria substituindo a Fazenda Pública. O ministro destacou que a condenação criminal é um título executivo judicial, sendo incongruente sua inscrição em dívida ativa, que é um título executivo extrajudicial. Reafirmando seu voto na 12ª Questão de Ordem na AP 470, o ministro salientou que, caso o MP não proponha a execução da multa no prazo de 90 dias após o trânsito em julgado da sentença, o juízo da vara criminal comunicará ao órgão competente da Fazenda Pública para efetuar a cobrança na vara de execução fiscal. "Mas a prioridade é do Ministério Público, pois, antes de ser uma dívida, é uma sanção criminal", reiterou. A maioria dos ministros seguiu essa orientação.

▸ **Importante:**

- Encontra-se superada a **Súmula 521 do STJ**: "A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública".

- O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPG) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) emitiram o **Enunciado 1** sobre o tema: "Cabe preferencialmente ao membro do Ministério Público com atribuição para execução penal ingressar com a ação para a execução da pena de multa perante o juízo das execuções penais, **sob o rito da Lei 6.830/80**".
- De acordo com o **Enunciado 31 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, vinculado ao STJ**, "Na execução penal, o não pagamento da multa pecuniária ou a ausência do seu parcelamento não impedem a progressão de regime, desde que os demais requisitos a tanto estejam preenchidos e que se demonstre a impossibilidade econômica do apenado em arcá-la".

5. CONVERSÃO DA MULTA EM DETENÇÃO

Antes do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19, com vigência a partir do dia 23/01/2020), a redação do art. 51 do Código Penal, dada pela Lei 9.268/96, era a seguinte: "Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição". Ou seja, **já não era possível a conversão da multa em detenção**. Essa vedação foi mantida pela Lei Anticrime.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNIVERSA – 2015 – PC-DF – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A pena de multa, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da fazenda pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição".

6. FASES DA FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA

Na fixação da pena de multa, o juiz deverá passar por duas fases (sistema bifásico): 1ª) fixação da quantidade de dias-multa; 2ª) fixação do valor unitário de cada dia multa.

1ª fase: fixação da 'quantidade' de dias-multa (CP, art. 49, *caput*)

Será fixado no mínimo de 10 e no máximo de 360 dias-multa.

Existe divergência em relação ao que se deve levar em consideração para a fixação da quantidade de dias-multa. Orientações:

1ª) Somente as **circunstâncias judiciais (art. 59)**. Não se levam em consideração as agravantes e atenuantes, nem as causas de aumento e de diminuição.

2ª) Serão consideradas as **circunstâncias judiciais** (art. 59), as **agravantes e atenuantes** e, por fim, as **causas de aumento e de diminuição**. A propósito: "1. O Superior Tribunal de Justiça – STJ, após afirmar que a quantidade de dias-multa deveria obedecer aos critérios dispostos no art. 59 do Código Penal, passou a definir que a pena de multa deveria ser estabelecida de forma proporcional à privativa de liberdade imposta, obedecendo ao

sistema trifásico (art. 68 do Código Penal). 2. Desse modo, a pena de multa do art. 49 do Código Penal, em razão da proporcionalidade, deve refletir a pena corpórea estipulada, de modo a serem consideradas as circunstâncias judiciais, as agravantes e as atenuantes e, ainda, as causas de diminuição e de aumento" (STJ, 5ª T., REsp 1756117, j. 07/05/2019).

3ª) Leva-se em conta somente a **situação econômica do réu**.

2ª fase: fixação do 'valor' do dia-multa

Será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes esse salário (art. 49, § 1º). Na fixação do valor deve ser considerada a **situação econômica do réu** (art. 60).

Observe-se que, nos termos do art. 60, § 1º, "A multa pode ser aumentada **até o triplo**, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto) No tocante à tentativa, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Não incide o respectivo redutor na fixação da quantidade de dias-multa".

(MP-SP – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O juiz, na sentença condenatória, ao verificar evidenciada a hipossuficiência econômica do condenado e a inviabilidade de suportar o pagamento da pena de multa prevista no preceito secundário do tipo, ainda que aplicada em seu mínimo legal, pode excluir a sua aplicação e isentar o condenado do seu pagamento".

(FAPEMS – 2017 – PC-MS – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A pena de multa, aplicada e dosada ao livre arbítrio do julgador, não pode ser substitutiva da pena privativa de liberdade ou substituída por esta no caso de não cumprimento, por ser considerada dívida de valor, constituindo título da dívida pública".

(CESPE – 2015 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O CP autoriza o juiz a aumentar a pena de multa prevista para o cometimento de delito em até dez vezes se concluir que, diante da situação econômica do réu, mesmo o máximo da multa original será ineficaz".

(FCC – 2015 – TJ-SC – Juiz de Direito) "O critério judicial legalmente estabelecido para a fixação da pena pecuniária, na Parte Geral do Código Penal, vincula o juiz à observância, preponderantemente quanto: a) aos danos sociais provocados pelo crime; b) à situação econômica do réu; c) à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente e aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime; d) à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente e ao prejuízo sofrido pela vítima; e) às consequências do crime para a vítima". **Gabarito: B.**

(CESPE – 2015 – TRF1 – Juiz Federal) Foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas: "O valor do dia-multa é arbitrado com base no salário-mínimo mensal vigente ao tempo da condenação do réu e deve ser atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária aplicáveis; Ao fixar a pena de multa, o juiz deve atender principalmente ao grau de reprovabilidade do delito e desconsiderar a situação econômica para não apenar diferentemente réus condenados pelo mesmo crime".

7. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Informativo 671 do STJ: a Terceira Seção do STJ, sob a égide dos recursos repetitivos, firmou posicionamento no sentido de que, uma vez extinta, pelo seu cumprimento, a pena privativa de liberdade ou a restritiva de direitos que a substituir, o inadimplemento da pena de multa não obsta a extinção da punibilidade do apenado, porquanto, após a nova redação dada ao art. 51 do Código Penal, pela Lei n. 9.268/96, a pena pecuniária passou a ser considerada dívida de valor, adquirindo caráter extrapenal.

Porém, o STF, ao julgar a ADI 3.150/DF, declarou que, à luz do preceito estabelecido pelo inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal, a multa, ao lado da privação de liberdade e de outras restrições (perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos), é espécie de pena aplicável em retribuição e em prevenção à prática de crimes, não perdendo sua natureza de sanção penal.

As declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade são dotadas de eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário. Assim, não se pode mais declarar a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena privativa de liberdade quando pendente o pagamento da multa criminal.

No mesmo sentido: "1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 3.150/DF, declarou que, à luz do preceito estabelecido pelo art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, a multa, ao lado da privação de liberdade e de outras restrições - perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos -, é espécie de pena aplicável em retribuição e em prevenção à prática de crimes, não perdendo ela sua natureza de sanção penal. 2. Dessarte, as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade são dotadas de eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário. Assim, não se pode mais declarar a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena privativa de liberdade quando pendente o pagamento da multa criminal. 3. Ademais, como é cediço, o princípio da irretroatividade se refere à lei penal, não se aplicando em relação à orientação jurisprudencial nova. 4. Nessa linha de raciocínio, não há se falar em aplicação do instituto do prospective overruling ou do disposto no art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. De fato, havendo divergência jurisprudencial entre o entendimento firmado pelo STJ e pelo STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, não há se falar em segurança jurídica, em estabilidade das situações já consolidadas nem em proteção ao princípio da confiança. Dessarte, inviável pugnar pela modulação dos efeitos da alteração jurisprudencial nesta Corte, uma vez que a decisão que preservasse o entendimento anterior não estaria imune à tese consolidada pelo Pretório Excelso, haja vista a possibilidade recurso àquela Corte. [...] Não há falar em irretroatividade de interpretação jurisprudencial, uma vez que o ordenamento jurídico proíbe apenas a retroatividade da lei penal mais gravosa" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1894560, j. 20/10/2020).

Capítulo VI

Concurso de crimes

1. CONCEITO

Ocorre o concurso de crimes quando o agente, mediante uma ou mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes. São espécies: concurso formal, concurso material e crime continuado.

2. SISTEMAS DE APLICAÇÃO DA PENA

a) ***Sistema do cúmulo material*:** cada delito corresponde a uma pena, que será somada com as demais. É adotado pelo Código Penal no art. 69 (concurso material), no art. 70, *caput*, 2ª parte (concurso formal impróprio ou imperfeito) e na aplicação das penas de multa (art. 72).

b) ***Sistema do cúmulo jurídico*:** não há cumulação de penas. Aplica-se uma única pena, mas com severidade suficiente para atender a gravidade dos crimes praticados.

c) ***Absorção*:** a pena a ser aplicada deve ser a do delito mais grave.

d) ***Exasperação*:** a pena a ser aplicada deve ser a do delito mais grave, mas aumentada em certa quantidade. Adotado pelo art. 70, *caput*, 1ª parte (concurso formal próprio ou perfeito), e art. 71 (crime continuado).

e) ***Responsabilidade única e da pena progressiva única*:** não há cumulação de penas, mas deve-se aumentar a responsabilidade do agente à medida que aumenta o número de infrações.

3. CONCURSO MATERIAL (OU REAL)

3.1. Conceito

Caracteriza-se o concurso material quando o agente, mediante **mais de uma ação ou omissão**, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não (CP, art. 69).

Exemplo: o agente pratica extorsão mediante sequestro. Durante o tempo em que a vítima está sequestrada, vem a praticar o crime de estupro. São duas condutas e dois crimes (arts. 159 e 213).

Obs.: não se deve confundir ação com ato, já que uma única ação pode conter vários atos. Ex.: o sujeito subtrai vários pertences da mesma vítima. Nesse caso, houve a prática de uma ação de subtrair praticada mediante vários atos, de tal forma que não se fala em concurso material (não há mais de uma ação típica). Por outro lado, pode o agente, mediante apenas uma ação, praticar dois ou mais delitos, hipótese em que haverá *concurso formal de crimes* (CP, art. 70).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBFC – 2020 – TRE-PA – Analista Judiciário) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Ocorre concurso material quando o agente, mediante uma só ação, pratica crimes de roubo contra vítimas diferentes, ainda que da mesma família, eis que caracterizada a violação a patrimônios distintos".

3.2. Espécies

a) ***Concurso material homogêneo*:** crimes idênticos.

b) ***Concurso material heterogêneo*:** crimes de espécies distintas.

3.3. Aplicação das penas

As penas devem ser somadas (sistema do cúmulo material). No caso dos crimes serem apreciados no mesmo processo (conexão), deve ser fixada a sanção para cada um deles, para depois ser realizada a soma.

Rogério Greco, em posição minoritária, sustenta que se os crimes não forem cometidos no mesmo contexto, investigados e julgados em processos diversos, não há concurso material, mas sim soma ou unificação de penas, nos termos do art. 66, III, *a*, da LEP (*Curso de Direito Penal. Parte Geral*, p. 581).

Consoante o art. 69, § 1º, do CP, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código. Por sua vez, o § 2º dispõe que "quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais".

4. CONCURSO FORMAL (OU IDEAL)

4.1. Conceito

Caracteriza-se o concurso formal quando o agente, mediante **uma só ação ou omissão**, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não (CP, art. 70).

Em relação à natureza dos crimes, tem-se a seguinte classificação:

a) ***Concurso formal homogêneo*:** crimes da mesma espécie. Ex.: o sujeito em um acidente causa lesões corporais em várias pessoas.

b) ***Concurso formal heterogêneo*:** crimes de espécies distintas. Ex.: o sujeito em um acidente mata várias pessoas e causa lesões corporais em várias outras.

4.2. Concurso formal perfeito ou próprio

4.2.1. Conceito

Ocorre quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não (art. 70, *caput*, 1ª parte). Pode ocorrer nas seguintes situações:

Pode ocorrer nas seguintes situações:

a) **Crimes culposos:** o agente não quis nem assumiu o risco de cometer nenhum crime, mas os praticou por culpa. *Ex.:* um motorista causa culposamente um acidente de trânsito e mata 10 pessoas.

b) **Crime doloso e crime(s) culposo(s):** o agente quis ou assumiu o risco de praticar apenas um único crime, mas, além deste, praticou outro ou outros crimes por culpa. *Ex.:* o agente quis matar alguém, mas, além deste, causa a morte de outras três pessoas por culpa.

c) **Crimes dolosos sem desígnios autônomos:** o agente quis praticar apenas um único crime. Seu propósito é único, mas, na realidade, praticou mais de um delito no mesmo contexto fático, tendo em vista a diversidade das vítimas. Ex.: o agente, com intenção de praticar um único crime de roubo, invade a casa de alguém e comete a subtração de pertences de várias pessoas que ali se encontravam. Precedentes:

STF: "A prática do crime de roubo com ofensa a vítimas diversas, com prejuízo psíquico e físico para ambas, configura hipótese de concurso formal, com espeque no art. 70 do Código Penal" (STF, 1ª T., RHC 112871, j. 16/04/2013). No mesmo sentido: STF, 2ª T., HC 174921 AgR, j. 04/05/2020.

STJ: "A teor do entendimento consolidado desta Corte, foi reconhecida a prática pelo réu de mais de um crime de roubo qualificado, em concurso formal próprio (CP, art. 70, primeira parte), já que, mediante uma só ação e no mesmo contexto fático, foram subtraídos bens pertencentes de vítimas distintas" (STJ, 5ª T., HC 600932, j. 25/08/2020); "(...) 2. Tendo o roubo atingido, além do patrimônio comum de duas vítimas casadas, proprietárias de estabelecimento comercial, também bens pessoais, é imperioso reconhecer-se o concurso formal de delitos. Precedentes. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não há falar em crime único quando, em um mesmo contexto fático, são subtraídos bens pertencentes a pessoas diferentes, ainda que da mesma família, incidindo, na espécie, a regra prevista no art. 70, primeira parte, do CP" (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 1651955, j. 23/06/2020).

Vítima pessoa física sócia de vítima pessoa jurídica. O fato de uma das vítimas ser sócia da outra vítima, que é uma pessoa jurídica, não impede o reconhecimento do concurso formal próprio ou perfeito, uma vez que foram atingidos patrimônios distintos. Nesse sentido: STJ, 5ª T., AgRg no HC 443242, j. 16/06/2020.

Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(MP-SC - 2019 - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Para a configuração do concurso formal de delitos (art. 70 do CP), e a aplicação da pena com a causa de aumento correspondente, a conduta realizada não pode ser praticada na forma de 'dolo específico', sendo portanto admissível somente o 'dolo genérico'".

(CESPE - 2017 - PJC-MT - Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "José entrou em um ônibus de transporte público e, ameaçando os passageiros com uma arma de fogo, subtraiu de diversos deles determinadas quantias em dinheiro. Nessa situação hipotética, de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores: a prática do delito contra vítimas diferentes em um mesmo contexto e mediante uma só ação configurou concurso material".

4.2.2. *Aplicação das penas*

É adotado o **sistema da exasperação** em relação às penas privativas de liberdade. Aplica-se a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade.

- Mesmos crimes (homogêneo): aplica-se uma pena com o aumento de 1/6 até 1/2.
- Crimes distintos (heterogêneo): aplica-se a pena mais grave com o aumento de 1/6 até 1/2.

O **critério de aumento** varia de acordo com a **quantidade de crimes,** sendo utilizada a seguinte técnica:

- 2 crimes: aumento de 1/6; 3 crimes: aumento de 1/5; 4 crimes: aumento de 1/4; 5 crimes: aumento de 1/3; 6 ou mais crimes: aumento de 1/2.
- Nesse sentido: "Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o aumento decorrente do concurso formal tem como parâmetro o número de delitos perpetrados, dentro do intervalo legal de 1/6 a 1/2. Nesses termos, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações e 1/2 para 6 ou mais infrações. In casu, tratando-se de três infrações, deve incidir o aumento na fração de 1/5" (STJ, 5ª T., HC 603600, j. 08/09/2020).

Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(VUNESP - 2019 - TJ-AC - Juiz de Direito) Considerada a hipótese de reconhecimento probatório de um agente ter praticado um roubo com emprego de arma de fogo contra duas vítimas que caminhavam na rua e, posteriormente, passados três meses do crime anteriormente noticiado, em cidade diversa daquela onde ocorrera o crime anterior, veio a praticar roubo simples contra vítima diversa da anterior, a fixação da pena deverá observar o concurso: a) formal pela primeira conduta e concurso material entre esta e a segunda. b) formal pelas duas condutas. c) material na primeira conduta e formal entre esta e a última. d) material na primeira conduta e crime continuado entre esta e a segunda. **Gabarito: A.**

(VUNESP – 2017 – TJ-SP – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Há concurso formal próprio quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicando-se a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços, considerado o número de infrações cometidas".

(FCC – 2015 – TJ-SC – Juiz de Direito) "Na hipótese de concurso de pessoas instantâneo, entre um adulto e um adolescente, para a prática de roubo, sem que o adulto esteja animado por desígnio autônomo para corromper especificamente o adolescente para a prática do roubo, estabelece-se entre os delitos de roubo e corrupção de menores a seguinte modalidade de concurso de crimes: a) Não há concurso de crimes entre os delitos de roubo e corrupção de menores; b) Concurso formal impróprio; c) Concurso formal; d) Concurso material; e) Crime continuado". **Gabarito: C.**

(FUNIVERSA – 2015 – PC-DF – Delegado de Polícia) "Giordano, ao dirigir seu automóvel de maneira negligente, perdeu o controle do carro, matando cinco pessoas e lesionando gravemente outras cinco. Considerando a situação hipotética apresentada, assinale a alternativa *correta*: a) Giordano agiu em continuidade delitiva, devendo ser-lhe aplicada a pena mais grave, aumentada de um sexto até a metade; b) Atualmente, considera-se que tais situações devem ser entendidas como crime único, aplicando-se apenas uma das penas, ou seja, a mais leve; c) Giordano praticou crimes em concurso material e responderá pela pena de cada um deles; d) Giordano praticou crimes em concurso formal, devendo a pena dos crimes ser somada, visto que, nesse caso, o cúmulo material é mais favorável que a exasperação; e) Giordano praticou crimes em concurso formal, devendo ser-lhe aplicada a pena mais grave, aumentada de um sexto até a metade". **Gabarito: E.**

(CESPE – 2010 – DPU – Defensor Público da União) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Segundo precedentes do STJ, o percentual de aumento decorrente do concurso formal de crimes deve ser aferido em razão do número de delitos praticados, e não, à luz das circunstâncias judiciais analisadas na primeira fase da dosimetria da pena".

Pena de multa. As penas de multa no caso de concurso formal aplicam-se cumulativamente (art. 72 do CP: "No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente"), não tendo sido adotado o sistema da exasperação. Nesse sentido: 1. A jurisprudência desta Corte assentou compreensão no sentido de que o art. 72 do Código Penal é restrito às hipóteses de concursos formal ou material, não sendo aplicável aos casos em que há reconhecimento da continuidade delitiva. Desse modo, a pena pecuniária deve ser aplicada conforme o regramento estabelecido para o crime continuado, e não cumulativamente, como procedeu a Corte de origem" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 484.057, j. 27/02/2018); "Conforme jurisprudência desta Corte, a regra do art. 72 do Código Penal - CP é aplicada às hipóteses de concurso formal ou material, não incidindo o referido dispositivo aos casos em que há reconhecimento da continuidade delitiva" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1843797, j. 05/03/2020).

Dosimetria. Ainda em relação à fixação das penas, concordamos com o posicionamento segundo o qual **deve ser fixada a pena para cada delito, para, em seguida, aplicar-se o aumento**, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da pena. Vejamos: "I – A melhor técnica para dosimetria da pena privativa de liberdade, em se tratando de crimes em concurso formal, é a fixação da pena de

cada uma das infrações isoladamente e, sobre a maior pena, referente à conduta mais grave, **apurada concretamente**, ou, sendo iguais, sobre qualquer delas, fazer-se o devido aumento, considerando-se nessa última etapa o número de infrações que a integram" (STJ, 5ª T., HC 85.513, j. 13/09/2007). No mesmo sentido: "Havendo concurso formal de delitos, preleciona a doutrina e já decidiu esta egrégia Quinta Turma que 'a pena deverá ser fixada distintamente para cada um dos delitos, realizando-se, em seguida, o aumento previsto pelo art. 70, do CP'" (STJ, 5ª T., HC 255526, j. 17/11/2015). Idem: STJ, 5ª T., PExt no HC 255.526, j. 18/02/2016.

4.2.3. Concurso material benéfico

Nos termos do art. 70, parágrafo único, não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do artigo 69 do Código Penal. O sistema da exasperação utilizado no concurso formal próprio visa a beneficiar o agente. Trata-se do chamado **concurso material benéfico.**

Exemplo: o agente, com uma ação, praticou dois crimes. A mais grave das penas foi fixada em 12 anos de reclusão, ao passo que a outra em 1 ano de detenção. Se aplicado o sistema da exasperação, levando em consideração o aumento mínimo (1/6), a pena será 14 de anos (12 anos + 1/6 de 12 anos). Se aplicarmos o sistema do cúmulo material, a pena será de 13 anos. Isso significa que, no caso citado, o teto será de 13 anos. A propósito: "O concurso formal próprio ou perfeito (CP, art. 70, primeira parte), cuja regra para a aplicação da pena é a da exasperação, foi criado com intuito de favorecer o réu nas hipóteses de pluralidade de resultados não derivados de desígnios autônomos, afastando-se, pois, os rigores do concurso material (CP, art. 69). Por esse motivo, o parágrafo único do art. 70 do Código Penal impõe o afastamento da regra da exasperação, se esta se mostrar prejudicial ao réu, em comparação com o cúmulo material. Trata-se, portanto, da regra do concurso material benéfico como teto do produto da exasperação da pena" (STJ, 5ª T., HC 526.809, j. 07/11/2019).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2010 - DPU - Defensor Público da União) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Em caso de concurso formal de crimes, a pena privativa de liberdade não pode exceder a que seria cabível pela regra do concurso material".

4.3. Concurso formal imperfeito ou impróprio

4.3.1. Conceito

Ocorre quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes dolosos (idênticos ou não) com desígnios autônomos (propósitos ou planos independentes). Mesmo tendo praticado apenas uma conduta, o agente atua com a intenção específica de realizar mais de um crime.

A distinção entre o concurso formal próprio e o impróprio relaciona-se com o **elemento subjetivo do agente**, ou seja, a existência ou não de desígnios autônomos (nesse sentido: STJ, 5ª T., AgRg no HC 612147, j. 13/10/2020).

Exemplo: o sujeito, com o intuito de matar duas pessoas, coloca uma bomba no veículo no qual se encontram as vítimas. Ocorre uma conduta e dois crimes.

Vejamos a jurisprudência: "Embora tenha sido única a conduta, atuou o agente com desígnios autônomos, ou seja, sua ação criminosa foi dirigida finalisticamente (dolosamente) à produção de todos os resultados, voltada individual e autonomamente contra cada vítima" (STJ, 5ª T., HC 139.592, j. 22/03/2011); "(...) 3. No caso destes autos, foram subtraídos bens pertencentes a três vítimas, ensejando o reconhecimento de concurso formal impróprio, previsto na parte final do art. 70 do Estatuto Repressivo, tendo em vista os desígnios autônomos norteadores das ações praticadas, somando-se as penas estabelecidas para os três crimes" (STJ, 5ª T., HC 341300, j. 20/02/2018); "As condutas de possuir arma de fogo e munições de uso permitido e de uso restrito, apreendidas em um mesmo contexto fático, configuram concurso formal de delitos. [...] O art. 16, do Estatuto do Desarmamento, além da paz e segurança públicas, também protege a seriedade dos cadastros do Sistema Nacional de Armas, sendo inviável o reconhecimento de crime único, pois há lesão a bens jurídicos diversos. Também não é adequada a aplicação da regra do concurso material ou do concurso formal impróprio, não havendo a demonstração da existência de desígnios autônomos" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1825695, j. 10/03/2020).

LATROCÍCIO E MAIS DE UMA MORTE

- 1ª posição: "Nos crimes de latrocínio, a prática de uma subtração, com dois resultados morte, é hipótese de reconhecimento do concurso formal impróprio. Precedentes" (STJ, 3ª Seção, AgRg na RvCr 4109, j. 22/02/2018). Idem: "A jurisprudência desta Corte, ao analisar o tema, firmou-se no sentido de que, configurado o crime de latrocínio, com o objetivo de única subtração patrimonial, mas com a presença de desígnios autônomos de obter mais de um resultado morte, fica caracterizado o concurso formal impróprio, previsto no art. 70, parte final, do Código Penal, segundo o qual as penas cominadas serão aplicadas cumulativamente, seguindo a previsão do concurso material de crimes" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 612147, j. 13/10/2020).
- 2ª posição: "A pluralidade de vítimas em crime de latrocínio não enseja a conclusão de ocorrência de concurso formal impróprio" (STF, 1ª T., RHC 133575, j. 21/02/2017). Ainda: STF, 2ª T., HC 140368 AgR, j. 07/08/2018.

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2018 – Polícia Federal – Delegado de Polícia Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Elton, pretendendo matar dois colegas de trabalho que exerciam suas atividades em duas salas distintas da dele, inseriu substância tóxica no sistema de ventilação dessas salas, o que causou o óbito de ambos em poucos minutos. Nessa situação, Elton responderá por homicídio doloso em concurso formal imperfeito".

(VUNESP – 2017 – TJ-SP – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Há concurso formal impróprio ou imperfeito quando a ação ou omissão, dolosa ou culposa, resultar de desígnios autônomos, hipótese em que a pena será aplicada pela regra do concurso material".

(CESPE – 2015 – DPE-PE – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O concurso formal próprio distingue-se do concurso formal impróprio pelo elemento subjetivo do agente, ou seja, pela existência ou não de desígnios autônomos".

Desígnios autônomos e dolo eventual. "A expressão 'desígnios autônomos' refere-se a qualquer forma de dolo, seja ele direto ou eventual. Vale dizer, o dolo eventual também representa o endereçamento da vontade do agente, pois ele, embora vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não o desejando diretamente, mas admitindo-o, aceita-o" (STJ, 6ª T., HC 191.490, j. 27/09/2012).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBFC – 2020 – TRE-PA – Analista Judiciário) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Segundo decisão do Superior Tribunal de Justiça, os desígnios autônomos que caracterizam o concurso formal próprio ou perfeito referem-se a qualquer forma de dolo, direto ou eventual".

(CESPE – 2019 – TJ-SC – Juiz de Direito) Mara, pretendendo tirar a vida de Ana, ao avistá-la na companhia da irmã, Sandra, em um restaurante, ainda que consciente da possibilidade de alvejar Sandra, efetuou um disparo, que alvejou letalmente Ana e feriu gravemente Sandra. Nessa situação hipotética, assinale a opção correta relativa ao instituto do erro. a) Devido à aberratio ictus, Mara responderá somente pelo homicídio de Ana, visto que o dolo estava direcionado a esta, havendo absorção do crime de lesão corporal cometido contra Sandra. b) Mara responderá por homicídio doloso consumado em relação à Ana e por tentativa de homicídio em relação à irmã desta. c) Em concurso formal imperfeito, Mara responderá pelo homicídio de Ana e pela lesão corporal de Sandra. d) Mara incidiu em delito putativo por erro de tipo em unidade complexa. e) Excluído o dolo e permitida a punição por crime culposo, se essa modalidade for prevista em lei, Mara terá incidido em erro de tipo essencial escusável contra a irmã de Ana. **Gabarito: C.**

Obs.: a questão considerou a existência de dolo eventual em relação ao resultado ocorrido quanto à vítima Sandra. A nosso ver, ressaltou-se o elemento cognitivo do dolo (consciência do resultado), sem trazer dados mais detalhados do elemento cognitivo. Esses elementos são importantes para a distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Isso porque, tanto no dolo eventual quanto na culpa consciente, o agente possui a consciência da possibilidade de produzir o resultado. Porém, no dolo eventual, o agente assume o risco da sua produção, e na culpa consciente ele acredita que poderá evitá-lo.

(CESPE – 2015 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Ocorre concurso formal imperfeito quando há dolo em relação ao delito desejado e dolo eventual no tocante aos outros resultados da mesma ação, situação em que o agente deve ser apenado pelo sistema de acúmulo material". **Obs.:** como visto, o STJ entende ser compatível o dolo eventual com o concurso formal impróprio. No entanto, se deflui da alternativa que foi afirmado que apenas ocorre concurso formal impróprio com "dolo direto" e "dolo eventual".

4.3.2. Aplicação das penas

Foi adotado o **sistema do cúmulo material**. As penas são aplicadas cumulativamente.

Suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95): "O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a

pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano" (**Súmula 243 do STJ**).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2019 – TJ-AL – Juiz de Direito) Quanto ao concurso formal: a) a pena poderá exceder a que seria cabível pela regra do concurso material, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultarem de desígnios autônomos. b) aplicável a suspensão condicional do processo em relação às infrações penais cometidas em concurso formal impróprio ou imperfeito, uma vez que se considera a pena de cada uma, isoladamente, ainda que a somatória ultrapasse o limite de um ano. c) as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente no caso de concurso formal impróprio ou imperfeito, incidindo a extinção da punibilidade sobre a pena privativa de liberdade de cada crime, isoladamente. d) há concurso formal próprio quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, aplicando-se a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. e) a pena pode ser aumentada até o triplo no caso de concurso formal impróprio ou imperfeito, considerando o Juiz a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias dos crimes. **Gabarito: C.**

(TRF2 – 2018 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Para o Superior Tribunal de Justiça, não cabe a suspensão condicional do processo para as infrações penais cometidas em concurso material ou em concurso formal, quando a pena mínima cominada ultrapassar um ano em razão do somatório ou da fração incidente".

(FCC – 2015 – TJ-RR – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No concurso formal, aplicável a suspensão condicional do processo, segundo entendimento sumulado, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, não ultrapassar o limite de 1 (um) ano".

5. CRIME CONTINUADO

5.1. Conceito

Caracteriza-se o crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro (art. 71).

Exemplo: João planejou furtar uma caixa contendo 20 cartuchos de tinta para impressora. Para que seu empregador (vítima) não percebesse, subtraiu uma unidade por semana. Na realidade, João praticou 20 delitos de furto, mas, por uma ficção jurídica, considera-se como um único crime.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2009 – TRE-PI – Analista Judiciário) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "João, funcionário público, resolveu desviar R$ 10.000,00 dos cofres da repartição pública em que trabalhava. Para tentar ocultar o seu procedimento delituoso, desviou a quantia de R$ 500,00 por dia, até atingir o montante desejado. Nesse caso, em relação ao crime de peculato, é de ser reconhecida a ocorrência de (...) crime continuado".

5.2. Requisitos

1º) Pluralidade de condutas

2º) Pluralidade de crimes da mesma espécie:

1º posicionamento (dominante): crimes da mesma espécie são os previstos no mesmo tipo penal. Para essa corrente, por exemplo, não poderia haver crime continuado entre roubo e extorsão. É a posição do STJ: "É firme o entendimento desta Corte Superior de que ficam configurados os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair bens da vítima, mediante emprego de violência ou grave ameaça, a constrange a entregar o cartão bancário e a respectiva senha, para sacar dinheiro de sua conta corrente. Precedentes" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 579446, j. 25/08/2020).

2º posicionamento: crimes da mesma espécie são referentes ao mesmo bem jurídico.

3º) Similitude de circunstâncias objetivas:

- ***Tempo:*** o lapso temporal entre um crime e outro não pode superar trinta dias. Esse critério, no entanto, não é absoluto: "Nos termos da jurisprudência desta Corte, 'inexistindo previsão legal expressa a respeito do intervalo temporal necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva, presentes os demais requisitos da ficção jurídica, não se mostra razoável afastá-la, apenas pelo fato de o intervalo ter ultrapassado 30 dias'" (STJ, 5ª T., PExt no HC 490707, j. 01/09/2020).
- ***Lugar:*** doutrina e jurisprudência não exigem que os crimes sejam praticados na mesma cidade, podendo ser em cidades limítrofes ou próximas.
- ***Maneira de execução:*** os delitos devem ser praticados com semelhante *modus operandi*. Ex.: não há crime continuado entre um furto mediante escalada e um furto com emprego de chave falsa.
- ***Outras semelhantes:*** refere-se às mesmas oportunidades ou relações surgidas com o crime anterior. No dizer de Bitencourt, "a lei faculta a investigação de circunstâncias que se assemelham às enunciadas e que podem caracterizar o crime continuado. Essa expressão genérica – 'e outras semelhantes' – tem a finalidade de abranger quaisquer outras circunstâncias das quais se possa deduzir a ideia de continuidade delitiva" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 686).

Obs.: STF e STJ defendem a necessidade de um requisito subjetivo, qual seja, a **unidade de desígnio** ou o **liame subjetivo entre os eventos**, como abaixo explicado.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBFC – 2020 – TRE-PA – Analista Judiciário) Foi considerada correta a seguinte alternativa: "Segundo jurisprudência dos tribunais superiores, não há continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, ainda que praticados em conjunto, uma vez que os referidos crimes, apesar de serem da mesma natureza, são de espécies diversas".

(CESPE – 2018 – TJ-CE – Juiz de Direito) João e Maria foram casados por cinco anos e, após o divórcio, continuaram a residir no mesmo lote, porém em casas diferentes. Certo dia, João, depois de ingerir bebidas alcoólicas, abordou Maria em um ponto de ônibus e, movido por ciúmes, iniciou uma discussão e a ameaçou de morte. Maria, ao retornar para casa à noite depois do trabalho, encontrou o ex-marido ainda embriagado; ele novamente a ameaçou de morte, acusando-a de traição. Ela foi à delegacia e registrou boletim de ocorrência acerca do acontecido, o que ensejou início de procedimento criminal contra João. Com referência a essa situação hipotética, assinale a opção correta à luz da jurisprudência dos tribunais superiores. A) A embriaguez voluntária de João poderá ser considerada excludente de culpabilidade caso ele comprove que estava em estado de plena incapacidade nos momentos das ameaças. B) A conduta de João configura crime continuado, porque ele praticou dois crimes de ameaça, com idêntica motivação e propósito, em condições semelhantes de tempo, lugar e modo de agir. C) João não poderá ser submetido à prisão preventiva, dado que a pena máxima para o crime de ameaça é de seis meses de detenção. D) A ameaça é um crime formal, que não exige resultado naturalístico, por isso é incabível indenização a título de danos morais a Maria. E) Por ser a ameaça um crime de menor potencial ofensivo, João, se condenado, poderá ser beneficiado com a substituição da pena de detenção por pena restritiva de direitos.

Gabarito: B.

5.3. Teorias

5.3.1. *Teoria puramente objetiva*

O crime continuado é verificado apenas da análise de elementos objetivos, como tempo, lugar, maneira de execução e outros semelhantes. Nesse sentido existe um precedente antigo do STF: 1ª T., HC 68661, j. 27/08/1991.

5.3.2. *Teoria objetivo-subjetiva ou mista*

Para configurar o crime continuado deverão estar reunidos os elementos objetivos (como tempo, lugar e maneira de execução) e também o elemento subjetivo, consistente na **unidade de desígnio**, ou seja, deve haver uma **relação subjetiva entre os crimes**. Inexistente esta, ocorrerá a 'reiteração criminosa', e não continuidade criminosa.

Assim a jurisprudência:

- **STF:** "O reconhecimento da continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, está condicionado ao preenchimento dos seguintes requisitos: (a) a pluralidade de condutas; (b) a pluralidade de crimes da mesma espécie; (c) que os crimes sejam praticados em continuação, tendo em vista as circunstâncias objetivas (mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes); e, por fim, (d) a unidade de propósitos"

(1ª T., HC 106982, j. 28/11/2017); "A unidade de desígnios é requisito para a caracterização da continuidade delitiva, uma vez que **foi adotada por este Tribunal a teoria mista (objetivo-subjetiva).** Precedentes" (2ª T., RHC 150666 ED-AgR, j. 28/06/2019).

- **STJ:** "O crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes, que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes parcelares que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua aplicação, a norma extraída do art. 71, caput, do Código Penal exige, concomitantemente, três requisitos objetivos: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crime da mesma espécie; III) condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes (conexão temporal, espacial, modal e ocasional); IV) e, por fim, **adotando a teoria objetivo-subjetiva ou mista**, a doutrina e jurisprudência inferiram implicitamente da norma um requisito da unidade de desígnios na prática dos crimes em continuidade delitiva, exigindo-se, pois, que haja um liame entre os crimes, apto a evidenciar de imediato terem sido esses delitos subsequentes continuação do primeiro, isto é, os crimes parcelares devem resultar de um plano previamente elaborado pelo agente"(5ª T., PExt no HC 490707, j. 01/09/2020).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SC – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O art. 71 do CP adotou a teoria objetiva na definição do crime continuado. Por este motivo, a jurisprudência dominante no STF e STJ não exige a configuração de eventuais vínculos subjetivos entre as condutas realizadas pelo agente".

(FCC – 2015 – DPE-SP – Defensor Público) "Sobre a configuração do crime continuado: a) a pluralidade de condutas com a unidade de resultado motivou a criação da ficção legal para impedir penas desproporcionais; b) a exasperação da pena, de um sexto até dois terços, aplica-se igualmente às penas restritivas de direitos e à pena de multa; c) a jurisprudência do STJ adota a teoria objetivo-subjetiva, própria do sistema finalista, que busca afirmar a pena em consonância com a expressão externa da pretensão do agente; d) a parte geral do Código Penal de 1984 adotou expressamente a teoria segundo a qual é necessária a presença de unidade de desígnios e nexo subjetivo entre as condutas; e) a partir das modernas concepções normativas do dolo, a presença das circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, são incapazes de presumir a favor do réu a existência de unidade de propósitos". **Gabarito: C.**

(TRF3 – 14º Concurso – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Apesar da adoção pelo Código Penal da teoria objetiva, a jurisprudência entende inadmissível reconhecimento de crime continuado sem que se verifique no agente o ânimo de praticar as condutas sucessivas em continuação".

(MPF – 22º Concurso – Procurador da República) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Em tema de crime continuado, a jurisprudência atual garante que: (...) III. a unidade de desígnios entre as várias condutas delituosas é dispensável à configuração da continuidade".

5.4. Natureza jurídica

a) **Teoria da unidade real ou realística:** os vários comportamentos constituem um único delito. Considera-se que a unidade de intenção ocasiona a unidade de lesão ao bem jurídico.

b) **Teoria da ficção jurídica:** na realidade existem vários crimes, mas, por determinação legal, considera-se como apenas um único delito. O Código Penal alinha-se à teoria da ficção jurídica, uma vez que determina a aplicação da pena de apenas um dos crimes, embora com certo aumento (sistema da exasperação).

c) **Teoria mista ou unidade jurídica:** não existe unidade ou pluralidade de crimes, mas sim um terceiro delito, chamado de crime de concurso.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(TRF4 – 2016 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O direito penal brasileiro encampou a teoria da ficção jurídica para justificar a natureza do crime continuado (art. 71 do Código Penal). Por força de uma ficção criada por lei, justificada em virtude de razões de política criminal, a norma legal permite a atenuação da pena criminal, ao considerar que as várias ações praticadas pelo sujeito ativo são reunidas e consideradas fictamente como delito único".

5.5. Espécies

a) Crime continuado (art. 71, caput): é subsidiário em relação à hipótese do art. 71, parágrafo único. Pode ocorrer nas seguintes hipóteses:

- ***Crimes dolosos, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, contra a mesma vítima ou vítimas diferentes.*** Ex.: vários furtos contra a mesma ou várias pessoas.
- ***Crimes dolosos, cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa, contra a mesma vítima.*** Ex.: estupro (art. 213) cometido contra a mesma vítima.
- ***Crimes culposos.*** Se adotada a teoria objetiva, que dispensa a unidade de desígnio. Adotada a teoria objetivo-subjetiva, não há como sustentar crimes continuados nos crimes culposos, eis que é incompatível a unidade de desígnio com a involuntariedade da prática do crime.

b) Crime continuado específico (art. 71, parágrafo único):

- ***Crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 71, parágrafo único).*** Ex.: o agente invade a casa de alguém e pratica estupro contra vítimas diversas.

De acordo com a **Súmula 605 do STF**, "Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida". No entanto, como a redação dada ao art. 71 do Código Penal é posterior e mais benéfica ao agente, há entendimento no sentido de que a referida Súmula se encontra **superada**.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR - 2017 - Promotor de Justiça) Foi considerada correta a seguinte alternativa: "O crime de homicídio qualificado por motivo torpe (CP, art. 121, § 2º, inciso I), praticado contra vítimas diferentes, em tese admite aplicação da regra do crime continuado específico (CP, art. 71, parágrafo único), cuja pena deve ser medida pelo princípio da exasperação".

Diverge a doutrina sobre a classificação das **espécies de crime continuado**. Posições:

1ª) **Crime continuado simples:** refere-se à hipótese do art. 71, caput, independentemente da igualdade das penas; crime continuado específico: refere-se à hipótese do art. 71, parágrafo único, independentemente da diversidade das penas (Nucci, 2006, p. 407).

2ª) **Crime continuado simples ou comum:** as penas cominadas a todos os delitos são idênticas. Ex.: vários furtos simples; crime continuado qualificado: as penas dos delitos são distintas. Ex.: furto simples e furto qualificado; crime continuado específico: hipótese do art. 71, parágrafo único (Masson, 2009, p. 683; Monteiro de Barros, 2004, p. 527).

5.6. Aplicação das penas (regra geral)

Foi adotado o sistema da exasperação.

a) Crime continuado (art. 71, caput)

Aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

O **critério de aumento** varia de acordo com a **quantidade de crimes** (STF e STJ). Não existe uma regra precisa para determinar a quantidade do aumento em relação ao número de crimes, mas considera-se razoável: 2 crimes: aumento de 1/6; 3 crimes: aumento de 1/5; 4 crimes: aumento de 1/4; 5 crimes: aumento de 1/3; 6 crimes: aumento de 1/2; 7 ou mais crimes: aumento de 2/3. Nesse sentido: "Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações e 2/3, para 7 ou mais infrações" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1874085, j. 22/09/2020).

b) Crime continuado específico (art. 71, parágrafo único)

Considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, deve-se aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo. Apesar de não haver previsão legal, o aumento mínimo deve ser de 1/6 (um sexto).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na aplicação da pena, se reconhecido o crime continuado específico, aplica-se a pena de um só dos delitos, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços, considerado o número de infrações cometidas, incidindo a extinção da punibilidade sobre o total da pena imposta".

(IBFC – 2020 – TRE-PA – Analista Judiciário) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Dentre as espécies de crime continuado, o parágrafo único do artigo 71 do Código Penal prevê o crime continuado qualificado, segundo a doutrina, o qual se verifica nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa".

(VUNESP – 2017 – TJ-SP – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Nos crimes dolosos, cometidos com violência ou grave ameaça contra a mesma vítima, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo".

(FCC – 2015 – TJ-GO – Juiz de Direito) "Por disposição legal, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, devem servir de parâmetro para o cálculo de: a) diminuição da pena pelo arrependimento posterior; b) aumento da pena pelo crime continuado comum; c) aumento da pena pelo concurso formal próprio; d) diminuição da pena por semi-imputabilidade; e) aumento da pena pelo crime continuado específico". **Gabarito: E.**

5.7. Aplicação das penas (questões pontuais)

Concurso material benéfico. Na aplicação do crime continuado, a pena não poderá exceder a que seria cabível pela regra do concurso material (art. 71, parágrafo único, do CP).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – TJ-PE – Juiz de Direito) "O chamado concurso material benéfico prevalece: a) sobre o concurso formal próprio e o crime continuado; b) apenas sobre o concurso formal impróprio; c) apenas sobre o concurso formal próprio; d) sobre o concurso formal impróprio e o crime continuado específico; e) apenas sobre o crime continuado específico". **Gabarito: A.**

Aplicação da pena para cada delito. Na prática, observa-se que o juiz aplica a pena de apenas um dos crimes que integram a continuidade delitiva, fazendo incidir na terceira fase do processo dosimétrico a causa de aumento. Vejamos: **STJ:** "(...) 3. Em se tratando de crime continuado, não há falar em fixação da pena-base de cada ilícito praticado individualmente (art. 71 do CP). Verificado que os delitos são idênticos, aplica-se a pena de um só dos delitos, aumentando de um sexto a dois terços" (5ª T., HC 91430, j. j. 28/11/2007). **STF:** "(...) 2. Praticado, várias vezes, o mesmo crime, nos termos do art. 71 do Código Penal, a pena aplicável a cada conduta é idêntica, o que torna dispensável a repetição

da dosimetria relativa a cada uma delas" (2ª T., HC 95245, j. 16/11/2010). Há quem sustente, em observância ao princípio da individualização da pena, ser indispensável a fixação da pena para cada delito e, em seguida, incidir a causa de aumento referente à continuidade delitiva sobre a pena concreta mais grave.

Pena de multa no crime continuado (sistema da exasperação). De acordo com o art. 72 do CP, "No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente", ou seja, aplica-se o sistema do cúmulo material. Porém, a jurisprudência predominante posiciona-se no sentido de aplicação do art. 72 apenas ao concurso material e ao concurso formal, não incidindo essa regra sobre o crime continuado, aplicando-se, quanto a este, o sistema da exasperação. Nesse sentido: "A jurisprudência desta Corte assentou compreensão no sentido de que o art. 72 do Código Penal é restrito às hipóteses de concursos formal ou material, não sendo aplicável aos casos em que há reconhecimento da continuidade delitiva. Desse modo, a pena pecuniária deve ser aplicada conforme o regramento estabelecido para o crime continuado, e não cumulativamente, como procedeu a Corte de origem" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 484057, j. 27/02/2018); "Conforme jurisprudência desta Corte, a regra do art. 72 do Código Penal - CP é aplicada às hipóteses de concurso formal ou material, não incidindo o referido dispositivo aos casos em que há reconhecimento da continuidade delitiva" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1843797, j. 05/03/2020).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2019 - TJ-SC - Juiz de Direito) Determinado sujeito, maior e imputável, adquiriu em sítio da Internet vídeos com cenas de pornografia que envolviam adolescentes e os armazenou em seu computador. Posteriormente, transmitiu esses vídeos, por meio de aplicativo de mensagem instantânea, a dois amigos adolescentes. Considerando essa situação hipotética, é correto afirmar, de acordo com as disposições do ECA e com o entendimento do STJ, que o sujeito praticou: a) condutas consideradas atípicas. b) duas condutas típicas, porém, em aplicação ao princípio da consunção, a primeira restou absorvida pela segunda. c) condutas que caracterizam dois crimes em continuidade delitiva. d) condutas que caracterizam dois crimes em concurso material. e) condutas que caracterizam dois crimes em concurso formal. **Gabarito: D.**

(CESPE - 2017 - DPE-AC - Defensor Público) No caso de pluralidade delitiva, deve-se adotar, na determinação da pena:

a) o sistema de cúmulo jurídico, somando-se as penas aplicadas a cada um dos crimes.

b) o sistema da exasperação, quando se tratar de casos de concurso formal imperfeito.

c) o sistema da exasperação, quando se tratar de concurso material heterogêneo, para evitar que a pena ultrapasse o limite legal de cumprimento.

d) o sistema da exasperação, que considera tão somente o número de crimes consumados para definição da pena.

e) o sistema do cúmulo material, quando se tratar de pena pecuniária, independentemente das demais sanções aplicadas, ressalvado o crime continuado.

Gabarito: E.

(FCC – 2015 – TJ-RR – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No concurso formal, a pena de multa deverá receber o mesmo acréscimo imposto à pena privativa de liberdade".

(CESPE – 2015 – TRF1 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Se houver concurso formal ou material de crimes punidos com pena de multa, ao condenado devem ser aplicadas distinta e integralmente as multas referentes a cada um dos delitos".

(CESPE – 2015 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O crime continuado ocorre quando o agente pratica uma ou mais infrações penais de mesma espécie ou não, de forma concomitante, caso em que a pena pode ser aumentada até o dobro".

(FESMIP – 2008 – MP-BA – Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "Disserte sobre o crime continuado, abordando os seguintes aspectos: Conceito. Natureza jurídica. Teorias. Espécies. Requisitos. Dosimetria da pena. Crime continuado e habitualidade delitiva".

6. PONTOS RELEVANTES SOBRE O CONCURSO DE CRIMES

Prescrição: "No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente" (art. 119 do CP); "Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação" (Súmula 497 do STF).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto) No tocante à prescrição, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Os crimes mais leves prescrevem com os mais graves, se cometidos em concurso de delitos".

(CESPE – 2019 – DPE-DF – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Nos casos de concurso formal ou de continuidade delitiva, a extinção da punibilidade pela prescrição regula-se pela pena imposta a cada um dos crimes isoladamente, afastando o acréscimo decorrente dos respectivos aumentos de pena".

(FCC – 2017 – DPE-RS – Analista) No concurso de crimes, cuidando-se de infrações de espécies diversas cometidos por condutas distintas, ambas com violência física real, dos institutos legais abaixo em princípio pode-se postular em favor do imputado:

a) concurso formal heterogêneo.

b) concurso formal impróprio.

c) crime continuado genérico.

d) crime continuado específico.

e) prescrição isoladamente considerada.

Gabarito: E.

Competência do Juizado Especial Criminal: "Na linha da jurisprudência desta Corte de Justiça, tratando-se de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será o resultado da soma, em concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal

ou crime continuado, das penas máximas cominadas ao delitos, caso em que, ultrapassado o patamar de 2 (dois) anos, afasta-se a competência do Juizado Especial. Precedentes" (STJ, 5ª T., RHC 102381, j. 09/10/2018).

Suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95): "O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano" (**Súmula 243 do STJ**). "Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano" (**Súmula 723 do STF**).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2015 – TJ-SP – Juiz) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Admite-se a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano".

Concorrência de concurso formal e crime continuado ("Concurso de concurso de crimes"): "Segundo orientação deste Superior Tribunal de Justiça, quando configurada a ocorrência de concurso formal e crime continuado, aplica-se somente um aumento de pena, o relativo à continuidade delitiva, pelo número total de infrações" (STJ, 5ª T., HC 406.790, j. 05/10/2017). Ainda: "Este Superior Tribunal de Justiça entende que, ocorrendo na hipótese o concurso formal e a continuidade delitiva, deve o primeiro ser afastado, sendo aplicada na terceira fase da dosimetria apenas o disposto no art. 71 do Código Penal, pela quantidade total de delitos, sob pena de *bis in idem*. Precedentes" (STJ, 5ª T., HC 441763, j. 07/06/2018).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2016 – DPE-ES – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Deve prevalecer o acréscimo pela continuidade, ainda que se verifique concurso formal entre dois dos crimes integrantes da série continuada, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial".

Penas restritivas de direitos: na hipótese de concurso de crimes, a substituição deverá observar o total da pena imposta pelos delitos. Nesse sentido: "1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando se encontram preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44, do Código Penal. 2. In casu, a pena foi mantida em patamar superior a quatro anos, impedindo a conversão da reprimenda em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP. 3. Em caso de concurso material de crimes, a análise do preenchimento dos requisitos objetivos para a concessão da permuta da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou do sursis deve considerar a soma das penas fixadas, nos termos da Jurisprudência desta Corte Superior" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 780522, j. 14/08/2018).

7. ERRO NA EXECUÇÃO (*ABERRATIO ICTUS*)

7.1. Conceito

> **Art. 73.** Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

Ocorre **erro na execução** quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente **atinge pessoa diversa.**

7.2. Espécies

Nos termos do art. 73, pode ocorrer erro na execução com resultado único (unidade simples) ou duplo (unidade complexa).

1) Resultado único (art. 73, *caput*, 1ª parte):

O agente não atinge a pessoa que pretendia ofender, mas somente pessoa diversa. Responderá como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código (serão consideradas as condições e qualidades da pessoa que se pretendia ofender).

Exemplo: 'A', pretendendo atingir e matar 'B' (seu pai), por falha na pontaria, atinge 'C' (estranho) por culpa. Responderá apenas por homicídio doloso consumado, e, ainda, como se a vítima efetiva fosse seu pai (incide a agravante crime contra ascendente).

Obs.: observe que 'A' responderá apenas por um único crime (homicídio doloso consumado), apesar de ter, na realidade, praticado dois delitos: tentativa de homicídio e homicídio culposo.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – TJ-PR – Juiz de Direito) Foi considerada correta a seguinte alternativa: "No chamado aberratio ictus, quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, em vez de vitimar a pessoa que pretendia ofender, o agente atingir pessoa diversa, consideram-se as condições e qualidades não da vítima, mas da pessoa que o agente pretendia atingir".

(MP-SP – 2019 – Promotor de Justiça) José e João trabalhavam juntos. José, o rei da brincadeira. João, o rei da confusão. Certo dia, discutiram acirradamente. Diversos colegas viram a discussão e ouviram as ameaças de morte feitas por João a José. Ninguém soube o motivo da discussão. José não se importou com o fato e levou na brincadeira. Alguns dias depois, em um evento comemorativo na empresa, João bradou "eu te mato José" e efetuou disparo de arma de fogo contra José. Contudo o projétil não atingiu José e sim Juliana, matando a criança que chegara à festa naquele momento, correndo pelo salão. Nesse caso, é correto afirmar que, presente a figura: a) do erro sobre a pessoa, nos termos do artigo 20, § 3°, do Código Penal, João deve responder por homicídio doloso sem a agravante de crime cometido contra criança.

b) do erro sobre a pessoa, nos termos do artigo 20, § 3o, do Código Penal, João deve responder por homicídio doloso, com a agravante de crime cometido contra criança. c) aberratio criminis, artigo 74 do Código Penal, João deve responder por tentativa de homicídio e homicídio culposo sem a agravante de crime cometido contra criança, em concurso formal de crimes. d) aberratio ictus, artigo 73 do Código Penal, João deve responder por homicídio doloso sem a agravante de crime cometido contra criança. e) aberratio ictus, artigo 73 do Código Penal, João deve responder por tentativa de homicídio e homicídio culposo, com a agravante de crime cometido contra criança, em concurso material de crimes. **Gabarito: D.**

(FUNDATEC – 2018 – PC-RS – Delegado de Polícia) "Vitalina quer matar o marido Aderbal, envenenado. Coloca veneno no café com leite que acabou de preparar para ele. Enquanto aguardava o marido chegar na cozinha, para tomar a bebida, distraiu-se e não percebeu que a filha Ritinha entrou no local e tomou a bebida, preparada para o pai. Ritinha, socorrida pela mãe, morre a caminho do hospital. Nessa hipótese, considerando o Código Penal e a doutrina, assinale a alternativa correta. A) Vitalina deverá responder por homicídio culposo, já que não teve a intenção de matar a filha. B) Na hipótese de Vitalina vir a ser condenada, o juiz sentenciante poderá aplicar a ela o perdão judicial. C) Vitalina deverá responder por homicídio doloso, restando configurada situação denominada de aberratio ictus por acidente. D) Vitalina não responderá por homicídio, em razão de ter havido aberratio ictus. E) Vitalina responderá por homicídio doloso, restando configurada situação de aberratio ictus por erro no uso dos meios de execução".

Gabarito: C.

(FUNCAB – 2016 – PC-PA – Delegado de Polícia) "Amílcar, durante uma briga, tenta chutar seu adversário, mas sem querer acerta a própria esposa, que buscava apartar a contenda. Atingida no ventre, a mulher sofre ruptura do baço e é submetida a uma cirurgia de emergência, na qual tem o órgão extraído de seu corpo, medida que garante sua sobrevivência. Considerando que Amílcar em momento algum agiu com animus necandi, o comportamento do autor caracteriza crime de lesão corporal: a) culposa. b) gravíssima com aumento de pena em virtude da relação conjugal entre autor e vítima. c) grave. d) gravíssima. e) grave com aumento de pena em virtude da relação conjugal entre autor e vítima". **Gabarito: C.**

2) Resultado duplo (art. 73, *caput*, 2ª parte):

O agente, além de atingir a vítima efetiva que pretendia ofender, atinge pessoa diversa. Aplica-se a regra do concurso formal. Segundo predomina, trata-se da regra do **concurso formal próprio** (sistema da exasperação), ou seja, será aplicada a mais grave das penas cabíveis ou, se idênticas, somente uma delas, mas com o aumento, em qualquer caso, de um sexto até metade.

Exemplo: 'A', com intenção de matar 'B', efetua um disparo de arma de fogo. Além de atingir e matar 'B', atinge culposamente o motorista de um ônibus, provocando um acidente do qual resulta a morte de 10 pessoas. 'A' responderá pelo crime de homicídio doloso consumado com o aumento de 1/6 a 1/2 em relação aos demais delitos.

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2019 – TJ-SC – Juiz Substituto) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No chamado aberratio ictus, quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, em vez de vitimar a pessoa que pretendia ofender, o agente atingir pessoa diversa, consideram-se as condições e qualidades não da vítima, mas da pessoa que o agente pretendia atingir".

(FUNDEP – 2019 – DPE-MG – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na hipótese de aberratio ictus com unidade complexa, deve ser utilizado, na aplicação da sanção penal, o mesmo tratamento do concurso formal impróprio".

(TRF2 – 2018 – Juiz Federal) Foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas: "No denominado erro na execução, quando por acidente sobrevêm resultado diverso do que era pretendido pelo agente, este responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposo. Mas se ocorre também o resultado pretendido, este, por ser doloso, absorve o primeiro"; "Quando o sujeito ativo, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, atinge pessoa diversa da que pretendia ofender, responde como se tivesse praticado o crime contra esta, em virtude do erro sobre a pessoa. Mas, se atingir também a pessoa que pretendia ofender, responderá pelos dois crimes em concurso material".

Não se deve confundir "falha na pontaria" e "falha na identificação". *Exemplos:*

- **Erro na execução (art. 73 do CP):** 'A', com a intenção de matar 'B', por falha na pontaria, efetua um disparo de arma de fogo e mata 'C' (culposamente), que estava nas proximidades.
- **Erro sobre a pessoa (art. 20, § 3º, do CP):** 'A', com a intenção de matar 'B', falha na identificação deste, vindo a efetuar um disparo certeiro (não houve falha na pontaria) em 'C', que supôs ser 'B' em razão da semelhança da aparência física.

▸ Importante

Segundo predomina, o resultado provocado por erro deve ser causado por culpa. Caso o sujeito tenha previsto e assumido o risco de produzir o outro resultado (dolo eventual), não se aplica o art. 73 e sim o art. 70 do CP. ***Exemplo:*** 'A', com intenção de matar 'B', efetua um disparo de arma de fogo. Além de atingir e matar 'B', atinge um terceiro que estava ao seu lado, tendo o agente assumido o risco de produzir esse outro resultado (morte do terceiro). 'A' responderá pelos dois crimes dolosos de homicídio, somando-se as penas.

Nosso Código Penal segue a **teoria da equivalência** (minoritária na doutrina, mas seguida por Welzel). Se o resultado produzido é tipicamente equivalente ao pretendido e é previsível o desvio causal, responde o agente pelo crime doloso consumado. Outra solução é trazida pela **teoria da concretização**, a qual não aceita que o agente responda pelo resultado causado a título de dolo se não teve a intenção de produzi-lo, de modo que deve responder por crime culposo e pelo crime tentado.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

Foram consideradas *corretas* as seguintes alternativas:

(FUNIVERSA – 2015 – PC-DF – Delegado de Polícia) "Quanto ao erro de execução, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da equivalência, e não a teoria da concretização".

(CESPE – 2014 – TJ-DFT – Cartório) "Se A desejando matar B, atinge mortalmente C, A deverá responder, de acordo com a teoria da concretização, por tentativa de homicídio contra B e por homicídio imprudente contra C".

8. RESULTADO DIVERSO DO PRETENDIDO (*ABERRATIO CRIMINIS OU DELICTI*)

> **Art. 74.** Fora dos casos do artigo anterior, quando, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido, o agente responde por culpa, se o fato é previsto como crime culposo; se ocorre também o resultado pretendido, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

Ocorre a ***aberratio criminis*** ou ***delicti*** (art. 74) quando, fora dos casos do art. 73, por acidente ou erro na execução do crime, sobrevém resultado diverso do pretendido. Ou seja, o agente quer atingir um bem jurídico e atinge outro de espécie distinta. Pode ocorrer que o agente produza também o resultado pretendido.

Exemplo: 'A' com a intenção de quebrar uma janela (crime de dano) acaba provocando lesões corporais em 'B'. De acordo com o art. 74, o sujeito responderá pelo delito de lesão corporal culposa. Fica excluída a tentativa de dano.

No erro de execução (art. 73) ocorre erro de pessoa para pessoa. Por sua vez, no resultado diverso do pretendido existe erro de coisa para pessoa (o agente quer atingir coisa e atinge pessoa) ou de pessoa para coisa (o agente quer atingir pessoa e atinge coisa).

Se além do resultado não pretendido ocorrer também o resultado pretendido, será aplicada a mais grave das penas cabíveis ou, se idênticas, somente uma delas, mas com o aumento, em qualquer caso, de um sexto até metade (concurso formal, primeira parte).

Caso o sujeito tenha previsto e assumido o risco de produzir o resultado no bem jurídico diverso, aplica-se a segunda parte do art. 70, com cumulação de penas. Restando provado que o resultado em relação ao outro bem jurídico não foi decorrente de dolo eventual ou culpa, o sujeito não poderá responder pelo crime, sob pena de caracterizar responsabilidade objetiva.

Não se aplica o dispositivo no caso de o resultado não pretendido ser menos grave que o resultado visado, ou quando não houver a previsão da forma culposa do resultado não pretendido.

Exemplo: o agente, com a intenção de matar a vítima, erra o alvo (pessoa) e deteriora por culpa um bem especialmente protegido por lei. Não seria razoável o agente responder pelo crime culposo (Lei 9.605/98, art. 62, parágrafo único) e deixar de responder pela tentativa de homicídio.

9. LIMITES DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

9.1. Tempo máximo de cumprimento

> **Art. 75.** O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.
>
> **§ 1º** Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.
>
> **§ 2º** Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

De acordo com o art. 5º, XLVII, da CF, não haverá pena de caráter perpétuo, de tal forma que uma condenação à pena de 300 anos de prisão infringiria a norma constitucional. De outra parte, uma das finalidades da pena é a ressocialização, que seria inócua se não houvesse um limite, já que o condenado não voltaria a viver em sociedade.

A redação original do art. 75 do Código Penal estabelecia que o tempo de **cumprimento** das penas privativas de liberdade não podia ser superior a 30 anos. O Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19, com vigência a partir do dia 23/01/2020) deu nova redação ao art. 75, *caput* e seu § 1º, do Código Penal. O legislador optou por aumentar o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade, **de 30 para 40 anos**. Como se trata de lei nova mais severa, somente possui aplicação aos fatos praticados durante a sua vigência, não podendo operar a retroação.

Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 anos, devem elas ser **unificadas** para atender ao limite máximo deste artigo (art. 75, § 1º).

9.2. Nova condenação

Sobrevindo nova condenação por **fato 'posterior' ao início do cumprimento da pena**, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido (art. 75, § 2º). Exemplos:

- *Fatos praticados antes da alteração da lei:* o agente é condenado por vários crimes, cuja soma das penas resulte em 100 anos. Unificando as penas, inicia o seu cumprimento. Após cumprir 18 anos de prisão, vem a ser condenado à pena de 10 anos de reclusão por crime praticado durante a execução penal. Desprezam-se os 18 anos, de sorte que faltarão 12 anos a cumprir da pena anteriormente unificada. Assim, somam-se os 12 anos restantes com a nova condenação (10 anos), de modo que deverá o condenado cumprir mais 22 anos de prisão. Registre-se que a melhor interpretação é no sentido de se somar a nova pena com o restante que faltava para o cumprimento dos 30 anos (pena unificada), e não do restante da soma total das penas sem unificação.

- *Fatos praticados na vigência da nova lei:* o agente é condenado por vários crimes, cuja soma das penas resulte em 100 anos. Unificando as penas, inicia o seu cumprimento. Após cumprir 28 anos de prisão, vem a ser condenado à pena de 20 anos de reclusão por crime praticado durante a execução penal. Desprezam-se os 28 anos, de sorte que faltarão 12 anos a cumprir da pena anteriormente unificada. Assim, somam-se os 12 anos restantes com a nova condenação (20 anos), de modo que deverá o condenado cumprir mais 32 anos de prisão. Registre-se que a melhor interpretação é no sentido de se somar a nova pena com o restante que faltava para o cumprimento dos 40 anos (pena unificada), e não do restante da soma total das penas sem unificação.
- *Fatos praticados antes da alteração da lei:* o agente é condenado por vários crimes, cuja soma das penas resulte em 100 anos. Unificando as penas, inicia o seu cumprimento. Após cumprir 18 anos de prisão, vem a ser condenado à pena de 20 anos de reclusão por crime praticado durante a execução penal. Desprezam-se os 18 anos, de sorte que faltarão 12 anos a cumprir da pena anteriormente unificada. Assim, depois de somados os 12 anos restantes com a nova condenação (20 anos), chega-se a um total de 32 anos. Nesse caso, deve-se fazer uma nova unificação, de sorte que o condenado cumprirá mais 30 anos de prisão.
- *Fatos praticados na vigência da nova lei:* o agente é condenado por vários crimes, cuja soma das penas resulte em 100 anos. Unificando as penas, inicia o seu cumprimento. Após cumprir 18 anos de prisão, vem a ser condenado à pena de 20 anos de reclusão por crime praticado durante a execução penal. Desprezam-se os 18 anos, de sorte que faltarão 22 anos a cumprir da pena anteriormente unificada. Assim, depois de somados os 22 anos restantes com a nova condenação (20 anos), chega-se a um total de 42 anos. Nesse caso, deve-se fazer uma nova unificação, de sorte que o condenado cumprirá mais 40 anos de prisão.

Por outro lado, se a nova condenação for por **fato 'anterior' ao início do cumprimento da pena**, a nova pena deve ser somada ao montante e não ao total unificado. No exemplo acima, se a nova condenação for por crime anterior, a pena será acrescentada aos 100 anos.

9.3. Regra sobre os benefícios

Discute-se se a unificação prevalece para os efeitos da concessão de benefícios, tais como livramento condicional e progressão de regime. Existem duas orientações:

1ª) Os benefícios são calculados com base na pena total aplicada. Nesse sentido: "A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução" (**Súmula 715 do STF**). Obs.: com a nova redação do art. 75, leia-se quarenta anos.

2ª) Os benefícios são calculados com base na pena unificada. Como argumento, pode-se dizer que essa orientação observa o princípio da individualização da pena.

Assim, um condenado a uma pena total de 60 anos poderia conseguir o livramento condicional com 10 anos de cumprimento de pena (1/3 de 30 anos) ou 20 anos (1/3 de 60 anos), dependendo do entendimento.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDEP – 2019 – DPE-MG – Defensor Público) "W.D.W." foi sentenciado pela primeira vez a uma pena de 45 anos de reclusão por quatro homicídios qualificados (hediondos), praticados em concurso material no dia 01/01/2018, tendo respondido ao processo em liberdade e preso tão-somente após o trânsito em julgado. Expedida a guia de execução definitiva relativa a essa sentença de 45 anos, após 10 dias de cumprimento da pena, o magistrado proferiu decisão de unificadas das penas, nos termos do art. 75, §1º do Código Penal, limitando o cumprimento dessas penas em 30 anos. Entretanto, cumpridos 20 dias da pena, "W.D.W." encontrou no cárcere um desafeto do mundo do crime, e aproveitando-se de um momento de distração, durante o banho de sol, matou seu inimigo. Preso em flagrante pelo fato, foi levado a julgamento perante o Tribunal do Júri, tendo sido sentenciado a uma pena de 18 anos de reclusão por esse novo homicídio qualificado (hediondo). Em relação a esse fato, "W.D.W." permaneceu preso desde o flagrante. A sentença penal da segunda condenação transitou em julgado 9 meses e 5 dias após a primeira prisão. Considerando estritamente os dados fornecidos, e supondo não haver nenhuma causa de extinção da punibilidade no decorrer do cumprimento da pena, é correto afirmar que, em relação aos 63 anos de reclusão impostos nas duas sentenças, "W.D.W." permanecerá, na prática, preso efetivamente por: a) 30 anos. b) 30 anos e 20 dias. c) 47 anos, 11 meses e 10 dias. d) 48 anos, 9 meses e 25 dias. **Gabarito: B.**

(FCC – 2015 – TJ-GO – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A pena unificada para atender ao limite de 30 anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada unicamente para a concessão de livramento condicional".

Capítulo VII

Suspensão condicional da pena

1. INTRODUÇÃO

Trata-se da possibilidade de o juiz liberar o condenado do cumprimento da pena privativa de liberdade desde que preenchidos certos requisitos. O condenado **não iniciará o cumprimento da pena**, ficando em liberdade durante certo lapso de tempo denominado **período de prova**. Após o transcurso desse período, e cumpridas as condições estabelecidas, a pena suspensa será extinta. Havendo a revogação do *sursis* (suspensão condicional da pena), o condenado iniciará o cumprimento da pena.

O *sursis* é uma medida penal de natureza restritiva da liberdade. Possui natureza repressiva e preventiva, mas tem a vantagem de evitar o cárcere e suas mazelas.

A suspensão condicional da pena é aplicada na sentença ou no acórdão, ou seja, durante o processo de conhecimento (LEP, art. 157). Em algumas situações, o juiz da execução poderá conceder o sursis, quando, por exemplo, cessar o motivo que havia impedido a sua concessão na oportunidade da condenação.

Conforme predomina, se preenchidos os requisitos, a aplicação é obrigatória (direito subjetivo do condenado). Entretanto, a sua aceitação pelo condenado é facultativa. Vejamos: "I – Embora a suspensão condicional da pena seja um benefício que pode ser recusado pelo réu (caráter facultativo), tal recusa somente há ser feita no momento adequado (audiência admonitória), cabendo ao juiz sentenciante apenas a análise quanto ao seu cabimento e à sua efetiva aplicação. II – Inviável, nesse momento, a revogação do sursis concedido pelo magistrado sentenciante, uma vez que, somente após o trânsito em julgado e designada audiência admonitória pelo juízo da execução penal, é que poderá o apenado renunciar ao sursis, caso não concorde com as condições estabelecidas e entenda ser mais benéfico o cumprimento da pena privativa de liberdade" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1772104, j. 06/12/2018). No mesmo sentido: STJ, 6ª T., AgRg nos EDcl no REsp 1834873, j. 10/03/2020.

2. SISTEMAS

2.1. Sistema franco-belga (europeu continental)

É o sistema adotado pelo Código Penal para o ***sursis* da pena**. O acusado é condenado, mas a execução da pena é suspensa.

2.2. Sistema anglo-americano (*probation system*)

O juiz reconhece a culpabilidade, mas não aplica a pena, suspendendo a ação penal durante o período de prova. A sentença condenatória não é proferida.

2.3. Sistema do *probation of first offenders act*

O juiz não reconhece a culpabilidade, mas suspende a ação penal durante o período de prova. Esse ***sursis* processual** é previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95 (suspensão condicional do processo).

Obs.: não se deve confundir ***sursis* da pena** (em estudo) com o ***sursis* processual** (suspensão condicional do processo).

3. REQUISITOS

3.1. Requisitos objetivos

a) ***Qualidade da pena*** *(art. 77, caput)*: pena privativa de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples);

b) ***Quantidade da pena:*** pena privativa de liberdade não superior a dois anos *(art. 77, caput)*. Exceção: pena não superior a quatro anos, no caso de ser o condenado maior de setenta anos de idade, ou por razões de saúde que justifiquem a suspensão (art. 77, § 2º). No caso de concurso de crimes considera-se a soma das penas.

Obs.: de acordo com o **art. 16 da Lei dos Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98)**, "Nos crimes previstos nesta Lei, a suspensão condicional da pena pode ser aplicada nos casos de condenação a pena privativa de liberdade não superior a três anos".

c) ***Reparação do dano no sursis especial, salvo impossibilidade de fazê-lo.***

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2018 – DPE-RS – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A "Com 74 anos, Jairo foi definitivamente condenado pela prática de roubo simples (art. 157, caput, do CP). Primário e sendo-lhe inteiramente favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, foi-lhe aplicada uma pena privativa de liberdade de 04 anos de reclusão. Nesse caso, considerando a pena aplicada e a idade de Jairo quando da condenação, é possível suspender a execução da pena pelo período de 04 a 06 anos".

3.2. Requisitos subjetivos

a) ***Não ser o réu reincidente em crime doloso, salvo se na condenação anterior foi aplicada somente a pena de multa (art. 77, I, e § 1º).***

b) ***A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício (art. 77, II):*** se na fixação da pena-base o juiz considerou as circunstâncias judiciais favoráveis, não poderá, no momento da análise do *sursis*, alterar esse enfoque.

c) ***Não ser indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 77, III).***

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2018 – DPE-AM – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A reincidência em crime doloso, impede a concessão da suspensão condicional da pena".

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A reincidência em crime culposo não impede a suspensão condicional da pena".

(FCC – 2011 – DPE-RS – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Ao agente primário e de conduta social satisfatória que é condenado à pena de dois anos de reclusão por roubo tentado, com todas as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal reconhecidas como favoráveis na sentença, é possível aplicar-se a suspensão condicional da pena prevista no art. 77 do Código Penal".

(CESPE – 2010 – TRE-MT – Analista Judiciário) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A reincidência em crime culposo não impede a aplicação da suspensão da pena, desde que presentes os demais requisitos legais".

4. ESPÉCIES

a) **Sursis simples (arts. 77 e 78, § 1º, do CP):** no primeiro ano, o condenado presta serviços à comunidade ou submete-se à limitação de fim de semana. Aplica-se aos casos em que o condenado não reparou o dano injustificadamente ou quando as circunstâncias do art. 59 do CP não são favoráveis.

b) **Sursis especial (art. 78, § 2º, do CP):** o condenado não precisa prestar serviços à comunidade e não se submete à limitação de fim de semana no primeiro ano do período de prova. Aplica-se aos casos em que o condenado reparou o dano, salvo justificativa, e desde que as circunstâncias do art. 59 do CP sejam favoráveis.

c) **Sursis etário (art. 77, § 2º):** a execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja *maior de setenta anos de idade* (...).

d) **Sursis humanitário (art. 77, § 2º, segunda parte):** a execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa,

por quatro a seis anos, desde que (...) *razões de saúde justifiquem a suspensão.*

5. CONDIÇÕES

As condições são legais e judiciais e devem ser observadas durante o período de prova, sob pena de revogação do *sursis*.

a) **Condições legais:**

- ***Sursis* simples:** no primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 78, § 1º).
- ***Sursis* especial:** a) proibição de frequentar determinados lugares; b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; c) comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (art. 78, § 2º).

b) **Condições judiciais (art. 79):** a sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.

6. PERÍODO DE PROVA

Período de prova é o tempo em que o condenado deverá observar as condições estabelecidas. Inicia-se com a audiência admonitória ou de advertência, realizada após o trânsito em julgado. A propósito: "Esta Corte já se manifestou no sentido de que é incabível a execução provisória da suspensão condicional da pena, como ocorre com as penas restritivas de direitos" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1526074, j. 05/11/2019).

No caso de crime, o período de prova é de 2 a 4 anos (art. 77 do CP). Se a condenação for pela prática de contravenção, o período será de 1 a 3 anos (art. 11 da LCP).

Como exceção tem-se o *sursis* etário e o humanitário, em que o prazo do período de prova será de 4 a 6 anos (art. 77, § 2º).

Obs.: importante observar que o *sursis* etário aplica-se ao maior de 70 anos condenado a pena que seja superior a dois e não exceda a quatro anos de prisão. Se a sua condenação não for superior a dois anos, o prazo do período de prova será o comum (2 a 4 anos).

7. REVOGAÇÃO

7.1. Revogação obrigatória (art. 81, I a III)

A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:

a) **É condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso:** o crime pode ter sido cometido antes ou durante o período de prova. O que interessa é a condenação durante o período de prova. A sentença que concede o perdão judicial durante o período de prova não revoga o *sursis*. Entende-se que não se revoga o *sursis* se a pena aplicada for de multa. Isto porque, se a condenação anterior à pena de multa não impede o *sursis*, também não pode ser causa de revogação.

b) **Frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano:** existe posicionamento no sentido da impossibilidade da revogação do *sursis* pelo não pagamento da multa, sob o argumento de que se o não pagamento da multa não pode convertê-la em pena privativa de liberdade, da mesma forma não poderá revogar o *sursis*.

c) **Descumpre a condição do § 1º do artigo 78 deste Código** (prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana).

▸ **Como esse assunto foi abordado em concurso?**

(FCC – 2017 – TJ-SC – Juiz de Direito) Sobre a suspensão condicional da pena, é correto afirmar:

a) Nos crimes previstos na Lei ambiental nº 9.605/98, a suspensão poderá ser aplicada em condenação a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos.

b) No primeiro ano do prazo, deverá o condenado cumprir uma das penas alternativas previstas no artigo 44 do Código Penal.

c) A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de sessenta anos de idade.

d) É causa de revogação obrigatória a condenação por crime doloso e culposo.

e) É causa de revogação obrigatória a frustração da execução de pena de multa, embora solvente.

Gabarito: E.

(VUNESP – 2015 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A suspensão condicional da pena será obrigatoriamente revogada se, no curso do prazo, o beneficiário pratica novo crime doloso".

7.2. Revogação facultativa (art. 81, § 1º)

a) **Descumprimento de qualquer outra condição imposta.**

b) **O agente é irrecorrivelmente condenado, durante o período de prova, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos:** exclui-se a pena de multa.

Nessas hipóteses, o juiz pode, ao invés de decretar a revogação, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado (art. 81, § 3º) ou exacerbar as condições (CPP, art. 707, parágrafo único).

8. CASSAÇÃO

Considera-se cassado o *sursis* quando ocorre alguma hipótese que impede o início do período de prova, tais como: a) o condenado não comparece sem justificativa à audiência admonitória; b) o condenado não aceita as condições do *sursis*; c) condenação à pena privativa de liberdade (não suspensa) antes do período de prova; d) a pena é aumentada pelo Tribunal em grau de recurso.

A propósito: "(...) Assim, embora a suspensão condicional da pena seja um benefício que pode ser recusado pelo réu (caráter facultativo), tal recusa somente há ser feita no momento adequado (audiência admonitória), cabendo ao juiz sentenciante apenas a análise quanto ao seu cabimento e à sua efetiva aplicação. Dessa forma, não é cabível, neste momento, a revogação do sursis concedido pelo magistrado sentenciante, uma vez que, somente após o trânsito em julgado e designada audiência admonitória pelo juízo da execução penal, é que poderá o apenado renunciar ao sursis, caso não concorde com as condições estabelecidas e entenda ser mais benéfico o cumprimento da pena privativa de liberdade. Precedentes" (STJ, 5ª T., HC 447662, j. 18/10/2018).

9. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE PROVA

A primeira hipótese de prorrogação vem descrita no art. 81, § 2º, do CP: **se o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo**. O processo pode ser por infração penal praticada antes ou durante o período de prova. O termo inicial é o início da ação penal e não a prática da infração. Durante a prorrogação não perduram mais as condições fixadas na sentença.

Essa prorrogação não está sujeita a decisão judicial, pois é automática (STJ, 5ª T., HC 175.758, j. 04/10/2011; STJ, 5ª T., REsp 1107269, j. 02/06/2009).

A segunda hipótese de prorrogação se dá nos **casos de revogação facultativa**, sendo que o juiz pode, ao invés de decretar a revogação, prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado (art. 81, § 3º).

10. EXTINÇÃO DA PENA

Terminado o período de prova sem que haja motivo para sua revogação, a pena privativa de liberdade é extinta. A extinção da pena se dá com o término do período de prova e não na data da sentença que declara a extinção da punibilidade. Observe-se que, se houver a prorrogação (art. 81, § 1º), não haverá a extinção.

O juiz pode **revogar o *sursis*** em razão de uma causa de revogação incidente durante o período de prova, **desde que ainda não tenha sido extinta a punibilidade** mediante sentença transitada em julgado. Nesse sentido: "Inexiste constrangimento ilegal quanto à revogação do benefício da suspensão condicional da pena em razão de **condenação pelo cometimento de outro crime durante o período de prova, desde que não tenha sido extinta a punibilidade**

do agente mediante sentença transitada em julgado, nos termos do inciso I do art. 81 do Código Penal. Esta Corte tem firmado o entendimento no sentido de que o período de prova do sursis fica automaticamente prorrogado quando o beneficiário está sendo processado por outro crime ou contravenção, bem como que a superveniência de sentença condenatória irrecorrível é caso de revogação obrigatória do benefício, mesmo quando ultrapassado o período de prova" (STJ, 5ª T., HC 175.758, j. 04/10/2011). Precedentes: STJ, 5ª T., HC 97.702, j. 27/05/2008; STF, 2ª T., HC 91562, j. 09/10/2007.

11. QUESTÕES ESPECÍFICAS

1. **Direitos políticos:** embora suspensa a pena de prisão, os direitos políticos ficam suspensos enquanto não extinta a punibilidade (CF, art. 15, III). Precedente: STF, 1ª T., RMS 22470 AgR.

2. ***Sursis* simultâneos:** pode ocorrer que o réu obtenha dois *sursis* ao mesmo tempo. *Exemplo:* durante o período de prova o réu é condenado por crime culposo ou contravenção não sendo revogado o *sursis* anterior (hipótese de revogação facultativa).

3. **Crimes hediondos e equiparados:** não existe vedação legal.

4. **Lei de Drogas:** a Lei 11.343/06 proíbe expressamente a concessão do *sursis* aos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, § 1º, e 34 a 37. Nesse sentido: "Consoante entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, a vedação ao sursis (prevista no artigo 44 da Lei n. 11.343/06) não foi objeto de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual mantém-se em plena vigência, ainda que a reprimenda definitiva fixada não seja superior a 2 (dois) anos de reclusão" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1615201, j. 08/08/2017).

5. **Coisa julgada:** a decisão que concede irregularmente o *sursis* submete-se a coisa julgada material. Em relação à fixação das condições, não há de se falar em coisa julgada, pois podem ser alteradas pelo juízo da execução (LEP, art. 158, § 2º). No entanto, discute-se se a omissão das condições por esquecimento do juiz (*sursis* sem condições) poderia ser suprida pelo Juiz da Execução.

6. **Lei de Execução Penal:** arts. 158 a 163.

7. **Inaplicação do sursis às penas restritivas de direitos e multa:** nos termos do art. 80 do CP, a suspensão não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa.

8. **Estrangeiro**: não há impedimento legal para a concessão do *sursis* ao estrangeiro que se encontra temporariamente no Brasil.

9. **Maria da Penha**: "A jurisprudência desta Corte é firme em assinalar ser possível a concessão de suspensão condicional da pena aos crimes e às contravenções penais praticados em contexto de violência doméstica,

desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 77 do Código Penal, nos termos reconhecidos na sentença condenatória restabelecida" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1691667, j. 02/08/2018).

10. **Renúncia ao *sursis*:** "Esta Corte possui a orientação de que somente após o trânsito em julgado e designada audiência admonitória pelo juízo da execução penal é que poderá o apenado renunciar ao sursis, caso não concorde com as condições estabelecidas e entenda ser mais benéfico o cumprimento da pena privativa de liberdade" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1428394, j. 19/05/2020).

▸ **Como esse assunto foi abordado em concurso?**

(CESPE – 2019 – TJ-BA – Juiz de Direito) O benefício da suspensão condicional da pena – sursis penal: a) pode ser concedido a condenado a pena privativa de liberdade, desde que esta não seja superior a quatro anos e que aquele não seja reincidente em crime doloso. b) é cabível nos casos de crimes praticados com violência ou grave ameaça, desde que a pena privativa de liberdade aplicada não seja superior a dois anos. c) pode estender-se às penas restritivas de direitos e à de multa, casos em que se suspenderá, também, a execução dessas penas. d) deverá ser, obrigatoriamente, revogado no caso da superveniência de sentença condenatória irrecorrível por crime doloso, culposo ou contravenção contra o beneficiário. e) impõe que, após o cumprimento das condições impostas ao beneficiário, seja proferida sentença para declarar a extinção da punibilidade do agente. **Gabarito: B.**

Capítulo VIII

Livramento condicional

1. CONCEITO

O **livramento condicional** é uma forma de antecipação da liberdade do condenado antes do término do cumprimento da pena. Denomina-se **período de prova** o tempo em que o condenado fica liberado (restante da pena). Durante esse período, o condenado deverá observar certas condições.

Lembremos que no *sursis* o condenado não inicia o cumprimento da pena, ao passo que no livramento condicional o condenado começa a cumprir a pena e poderá obter a sua liberdade no curso da execução.

2. REQUISITOS

2.1. Requisitos objetivos

a) A pena privativa de liberdade fixada na sentença deve ser igual ou superior a 2 (dois) anos (art. 83, *caput*). As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento (CP, art. 84).

b) Cumprimento de mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes (art. 83, I).

c) Cumprimento de mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso (art. 83, II).

d) Reparação do dano causado pela infração, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo (art. 83, IV).

e) Cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza (art. 83, V).

Lei de Drogas. De acordo com o art. 44 da Lei 11.343/06, "Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico".

▸ **Importante:**

A lei não trata do **não reincidente portador de maus antecedentes**. Há dois entendimentos: 1º) deve cumprir 1/3 da pena, pois o cumprimento de 1/2 é aplicável somente aos reincidentes em crime doloso; 2º) deve cumprir 1/2 da pena. A primeira posição tem sido a preferida na jurisprudência. Nesse sentido: "No caso de paciente primário, de maus antecedentes, como o Código não contemplou tal hipótese, ao tratar do prazo para concessão do livramento condicional, não se admite a interpretação em prejuízo do réu, devendo ser aplicado o prazo de um terço. O paciente primário com maus antecedentes não pode ser equiparado ao reincidente, em seu prejuízo" (STJ, 6ª T., HC 102278). Em sentido contrário, o STF possui precedentes antigos: STF: RHC 66222 e HC 73.002-7.

2.2. Requisitos subjetivos

a) Segundo art. 83, III, do CP, deve ser comprovado: a) bom comportamento durante a execução da pena; b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses; c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

O Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19, com vigência a partir do dia 23/01/2020) deu nova redação ao art. 83, inciso III, do Código Penal. A redação antiga trazia três requisitos, tendo a nova redação incluído um outro, além de alterar a condição sobre o comportamento, substituindo a palavra "satisfatório" por "bom". Vejamos:

LEI REVOGADA (ART. 83)	LEI NOVA (ART. 83)
III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto.	III - comprovado: a) bom comportamento durante a execução da pena; b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses; c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

O requisito inserido trata do "não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses". Conforme jurisprudência consolidada, "a falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional" (**Súmula 441 do STJ**). Não havia previsão legal nesse sentido. Entretanto, era possível utilizar a falta grave para fundamentar o **indeferimento** do pedido de livramento condicional. Assim: "A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a prática de falta grave pelo apenado no curso da execução penal constitui motivo idôneo para indeferir o livramento condicional, por ausência do preenchimento do requisito subjetivo previsto no art. 83, III, do Código Penal - CP (...)" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1834964/RS, j. 21/11/2019). Ainda: "1. A concessão do livramento condicional exige, além do requisito objetivo (percentual de cumprimento da pena), o

preenchimento do requisito subjetivo (mérito do sentenciado). 2. No caso, o Juízo das execuções e o Tribunal de origem, em virtude da prática de duas faltas graves no curso da execução, concluíram que o paciente não cumpriu o requisito subjetivo para a progressão de regime prisional, o que afasta o apontado constrangimento ilegal. 3. Assim, é inviável, em sede de habeas corpus, desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias sobre o não preenchimento do requisito subjetivo, uma vez que tal providência implica o reexame do conjunto fático-probatório dos autos da execução, procedimento incompatível com os estreitos limites da via eleita. 4. O fato de que a última falta grave fora praticada pelo paciente há mais de quatro anos, por si só, não autoriza a concessão do benefício" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 536.197, j. 19/11/2019).

Com a alteração, a lei trouxe maior segurança ao prever que a falta grave impede o livramento condicional, mas desde que praticada nos últimos 12 meses. A propósito: "1. O art. 83 do Código Penal - com redação dada pela Lei n. 13.964/2019, - fez incluir o bom comportamento (não somente satisfatório, como disposto na redação antiga) durante a execução da pena, além do não cometimento de falta grave nos últimos doze meses, para a concessão do livramento condicional. 2. Conforme entendimento jurisprudencial e a novel legislação, **não é possível atribuir efeitos eternos às faltas graves praticadas pelo apenado**, o que constituiria ofensa ao princípio da razoabilidade e ao caráter ressocializador da pena" (STJ, 6ª T., HC 592587, j. 18/08/2020).

I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, vinculado ao STJ:

- **Enunciado 2:** "O requisito previsto no art. 83, III, b, do Código Penal, consistente em o agente não ter cometido falta grave nos últimos 12 (doze) meses, poderá ser valorado, com base no caso concreto, para fins de concessão de livramento condicional quanto a fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, sendo interpretado como comportamento insatisfatório durante a execução da pena".
- **Enunciado 24:** "A ausência de falta grave nos últimos 12 (doze) meses como requisito à obtenção do livramento condicional (art. 83, III, b, do CP) aplica-se apenas às infrações penais praticadas a partir de 23/01/2020, quando entrou em vigor a Lei n. 13.964/2019".
- **Enunciado 32:** "É prescindível a decisão final sobre a prática de falta grave para obstar o livramento condicional com base no art. 83, III, b, do CP".

b) Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir (art. 83, parágrafo único, do CP). Trata-se de uma perícia médico-psiquiátrica.

Com o advento da Lei 10.792/03, que alterou o art. 112 da LEP, o exame criminológico deixou de ser obrigatório. Desse modo, também não mais justifica a obrigatoriedade dessa perícia para a concessão do livramento condicional.

Apesar de não ser obrigatório, nada impede que o juiz determine a realização do exame criminológico no caso concreto, desde que fundamente a sua decisão. Nesse sentido a **Súmula 439 do STJ**: "Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada". A propósito: "Para a concessão do benefício do livramento condicional, nos termos do art. 83 do Código Penal, deve o reeducando preencher, além do requisito de natureza objetiva, os de natureza subjetiva (comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover ao próprio sustento de maneira lícita), podendo as instâncias ordinárias, excepcionalmente, diante das peculiaridades do caso concreto, determinar a realização de exame criminológico para aferir o mérito do apenado, desde que essa decisão seja adequadamente motivada. (Súmula n. 439/STJ; Súmula vinculante n. 26/STF; v.g.)" (STJ, 5ª T., HC 386.558, j. 18/04/2017).

Ademais, o STJ pacificou entendimento no sentido de que fatores relacionados ao crime praticado são determinantes da pena aplicada, mas não justificam diferenciado tratamento para a progressão de regime ou livramento condicional, de modo que **o exame criminológico somente poderá fundar-se em fatos ocorridos no curso da própria execução penal**. Nesse sentido: STJ, 5ª T., AgRg no HC 340787, j. 28/06/2016. Ainda: "Conforme reiterada orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça - STJ, a **gravidade abstrata** dos delitos praticados e a longevidade da pena a cumprir não podem servir, por si sós, como fundamento para a determinação de prévia submissão do apenado a exame criminológico para fins de concessão do benefício do livramento condicional. Precedentes" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 467980, j. 06/11/2018).

▸ **Atenção:**

- O Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) alterou o art. 112 da LEP, passando a vedar a concessão de livramento condicional ao condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, seja ele primário ou reincidente (art. 112, VI, *a*, e VIII).
- A jurisprudência do STJ consolidou entendimento no sentido de que não há obrigatoriedade de o apenado passar por regime intermediário para que obtenha o benefício do livramento condicional, ante a inexistência de previsão no art. 83 do Código Penal. Nesse sentido: STJ, 5ª T., RHC 116324, j. 10/09/2019.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2019 - TJ-PR - Juiz de Direito) De acordo com o STJ, a prática de falta grave pelo condenado durante o cumprimento da pena: a) não interrompe a contagem do prazo para obtenção de livramento condicional. b) não interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena. c) interrompe a contagem do prazo para obtenção de comutação de pena. d) interrompe a contagem do prazo para obtenção de indulto e saída temporária. **Gabarito: A.**

(CESPE - 2018 - Polícia Federal - Delegado de Polícia Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Caio, condenado a nove anos de prisão, cumpria a pena

no regime fechado. Passado um ano do cumprimento da pena, ele cometeu falta grave. Nessa situação, serão interrompidas as contagens dos prazos tanto para a obtenção do livramento condicional quanto para a progressão de regime de cumprimento de pena, devendo ambas ser reiniciadas a partir da data do cometimento da falta grave".

(CESPE – 2017 – DPE-AC – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "São efeitos da reincidência: o impedimento da concessão do livramento condicional em razão da prática de crime de qualquer natureza".

(CESPE – 2016 – PC-PE – Delegado de Polícia) Foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas: "O benefício do livramento condicional é um direito subjetivo do condenado, a ser concedido pelo juiz na sentença condenatória, desde que o réu preencha os requisitos legais subjetivos e objetivos, no momento da sentença penal condenatória, de modo a substituir a pena privativa de liberdade e restritiva de direitos por liberdade vigiada e condicionada"; "A prática de falta grave, devidamente apurada em procedimento disciplinar, interrompe o requisito temporal para a concessão do livramento condicional".

(CESPE – 2016 – PC-PE – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Entre outros requisitos legais, segundo o CP, em caso de crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento condicional ao condenado ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir".

(FCC – 2015 – DPE-SP – Defensor Público) Foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas sobre o livramento condicional: "o preso não reincidente condenado a uma pena por crime comum e outra por crime hediondo deve cumprir um sexto da primeira, mais metade da segunda como requisito objetivo para o livramento condicional"; "o sistema progressivo de cumprimento de pena impede a progressão por salto do regime fechado para o livramento condicional"; "o lapso temporal para o reincidente específico em crime hediondo é de mais de dois terços da pena".

(PGR – 2015 – 28º Concurso – Procurador da República) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A falta grave interrompe o prazo para a obtenção de livramento condicional".

(FGV – 2015 – DPE-MT – Advogado) "Luan é reincidente na prática do crime do Art. 217-A do Código Penal. Os fatos que justificaram ambas as condenações ocorreram em 2010 e 2014. Nesse caso, é correto afirmar que o benefício do livramento condicional: a) poderá ser concedido após cumprimento de 2/3 da pena; b) poderá ser concedido após cumprimento de 3/5 da pena; c) não poderá ser concedido a Luan; d) poderá ser concedido após cumprimento de 1/2 da pena; e) poderá ser concedido após cumprimento de 1/3 da pena". **Gabarito: C.**

(FCC – 2015 – TJ-AL – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A falta grave interrompe o prazo para a obtenção de livramento condicional".

(FCC – 2015 – DPE-SP – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa sobre o livramento condicional: "A comutação de pena é incompatível com o cumprimento de pena em livramento condicional".

(FCC – 2015 – TJ-AL – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "É admissível o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, independentemente de motivação da determinação".

(FCC – 2015 – TJ-SC – Juiz de Direito) "NÃO é requisito para obtenção do livramento condicional: a) Cumprimento de mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo ou assemelhado; b) Pagamento da pena de multa; c) Reparação do dano, salvo impossibilidade de o fazer; d) Cumprimento de mais de um terço da pena se não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; e) Cumprimento de mais da metade se for reincidente em crime doloso". **Gabarito: B.**

3. PROCEDIMENTO

O livramento condicional poderá ser requerido pelo sentenciado, seu cônjuge ou parente em linha reta, por proposta do diretor do estabelecimento penal ou por iniciativa do Conselho Penitenciário (CPP, art. 712). O benefício poderá ser concedido pelo juiz da execução, presentes os requisitos do artigo 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal, ouvidos o Ministério Público e o Conselho Penitenciário (LEP, art. 131).

4. CONDIÇÕES

a) **Condições obrigatórias (LEP, art. 132, § 1º):** obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho; comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação; não mudar do território da comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização deste.

b) **Condições facultativas (LEP, art. 132, § 2º):** não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; recolher-se à habitação em hora fixada; não frequentar determinados lugares.

5. REVOGAÇÃO E SEUS EFEITOS

5.1. Revogação obrigatória

a) **Se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do período de prova.**

Revogado o livramento, os efeitos são os seguintes: não poderá ser novamente concedido em relação à mesma pena. Nada impede o livramento em relação à nova pena imposta; não se computará como tempo de cumprimento da pena o período de prova (tempo em que esteve solto o condenado); não será permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das duas penas.

Exemplo: o sujeito foi condenado a 6 anos de reclusão. Após o cumprimento de 4 anos, consegue o livramento condicional. Com 1 ano de período de prova, vem a ser novamente condenado a pena privativa de liberdade de 5 anos, em sentença irrecorrível, por crime cometido *durante* o período de prova. Da primeira pena (6 anos), havia cumprido 4 anos de prisão. O tempo de 1 ano correspondente ao período de prova não será computado, restando, assim, 2 anos de pena a ser cumprida (primeira condenação). Como a segunda condenação foi por crime cometido *durante* o período de prova, as penas não se somam para efeito de

nova concessão. Em relação ao restante da pena (primeira condenação) não caberá novo livramento condicional. No tocante à segunda pena, poderá haver a concessão do livramento.

b) Se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime anterior ao período de prova, observado o disposto no artigo 84 deste Código.

Revogado o livramento, os **efeitos** são os seguintes: poderá ser novamente concedido em relação à mesma pena; computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período de prova (tempo em que esteve solto o condenado); será permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das duas penas.

Exemplo: o sujeito foi condenado a 6 anos de reclusão. Após o cumprimento de 3 anos, consegue o livramento condicional. Com 1 ano de período de prova, vem a ser novamente condenado à pena privativa de liberdade de 5 anos, em sentença irrecorrível, por crime *anterior* ao período de prova. Da primeira pena (6 anos), havia cumprido 3 anos de prisão + 1 ano de período de prova (que será computado), restando, assim, 2 anos de pena a ser cumprida (primeira condenação). Como a segunda condenação foi por crime anterior ao período de prova, somam-se as penas, isto é, o restante da primeira (2 anos) com a segunda pena (5 anos). No caso, tem-se uma pena de 7 anos a ser cumprida. Preenchidos os pressupostos, poderá novamente ser concedido o livramento condicional.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2016 – PC-PE – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Caso o liberado condicionalmente seja condenado irrecorrivelmente por crime praticado durante o gozo do livramento condicional, sendo a nova pena imposta a privativa de liberdade, haverá a revogação obrigatória do livramento condicional e o tempo do período de prova será considerado para fins de desconto na pena".

(FCC – 2015 – DPE-SP – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "É possível a revogação do livramento condicional em virtude de condenação por crime cometido antes de sua vigência".

5.2. Revogação facultativa

Nas hipóteses de revogação facultativa, poderá o juiz revogar o livramento ou mantê-lo. Nesse caso, deve advertir o liberado ou agravar as condições (LEP, art. 140, parágrafo único).

a) Se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença.

Revogado o livramento, os **efeitos** são os seguintes: não poderá ser novamente concedido em relação à mesma pena; não se computará como tempo de cumprimento da pena o período de prova (tempo em que esteve solto o condenado).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2015 - TJ-PB - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Situação hipotética: Mauro, que cumpria pena de reclusão de cinco anos, foi beneficiado com livramento condicional, mas deixou de cumprir algumas das condições especificadas na sentença e o benefício foi revogado. Assertiva: Nessa situação, novo livramento condicional poderá ser concedido depois que Mauro cumprir um sexto do restante de sua pena".

b) Se o liberado for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena de multa ou restritiva de direitos (não pode ser privativa de liberdade).

Em relação aos efeitos, vai depender se o crime foi praticado antes ou durante o período de prova, conforme acima explicado.

Obs.: a lei não tratou da hipótese de ser o liberado condenado à pena privativa de liberdade em razão da prática de contravenção penal.

6. PRORROGAÇÃO / SUSPENSÃO / EXTINÇÃO

Como acima visto, se o liberado for condenado em sentença irrecorrível por crime praticado durante o período de prova, o livramento condicional será revogado. No entanto, a simples prática do crime durante a vigência do livramento condicional não é causa de revogação, mas poderá o juiz decretar a prisão do liberado e **suspender** o curso do livramento (LEP, art. 145 - *Praticada pelo liberado outra infração penal, o Juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final*). Ressalte-se que a suspensão não é automática (existência da prática do crime), e depende de uma decisão judicial: "1. Compete ao Juízo das Execuções Criminais determinar a suspensão do livramento condicional, cautelarmente, quando cometido novo delito durante a sua vigência para depois, se for o caso, revogá-lo (art. 145 da Lei de Execução Penal). 2. Consoante entendimento consolidado nesta Corte Superior, não ocorrendo o sobrestamento durante o período de prova, descabida é a sua revogação posterior, devendo ser declarada a extinção da pena, nos termos do art. 90 do Código Penal. 3. No caso, o ora agravado foi beneficiado com o livramento condicional com término do período de prova previsto para 23-5-2016. No dia 27-2-2016, praticou novo delito. Entretanto, o Juízo da Execução não procedeu à suspensão cautelar do benefício, tão somente o fazendo em data posterior ao seu transcurso, no dia 11-8-2016" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 394.664, j. 19/10/2017). Ainda: "Esta Corte Superior de Justiça firmou posicionamento jurisprudencial no sentido de que, uma vez praticado crime durante o gozo do livramento condicional, **não há se falar em revogação automática do benefício**, devendo o Juízo Executório determinar a suspensão cautelar da benesse, por meio de decisão judicial, a qual deve ser

prolatada durante a vigência do período de prova, sob pena de, após tal lapso temporal, ser declarada extinta a punibilidade do beneficiado. Precedentes" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 444239, j. 18/09/2018).

Nos termos do art. 89 do CP, o juiz não poderá declarar extinta a pena enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento. Após o período de prova não perduram as condições fixadas.

Se até o seu término o livramento não é revogado, considera-se extinta a pena privativa de liberdade (CP, art. 90). O juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público ou mediante representação do Conselho Penitenciário, julgará extinta a pena privativa de liberdade se expirar o prazo do livramento sem revogação (LEP, art. 146). A sentença é declaratória, tendo como marco da extinção da punibilidade a data do término do período de prova.

Conforme a **Súmula 617 do STJ**, "A ausência de suspensão ou revogação do livramento condicional antes do término do período de prova enseja a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP – 2019 – Promotor de Justiça) Quanto ao livramento condicional, assinale a alternativa correta: a) Para os condenados pelo crime previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, dar-se-á após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico. b) A gravidade abstrata dos delitos praticados e a longevidade da pena a cumprir podem servir, por si sós, como fundamento para a determinação de prévia submissão do apenado a exame criminológico. c) A ausência de suspensão ou revogação do livramento condicional antes do término do período de prova não enseja a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena. d) A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, deve ser considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional. e) Não se admite a realização do exame criminológico pelas peculiaridades do caso. **Gabarito: A.**

(VUNESP – 2015 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerada correta a seguinte alternativa: "O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença, em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento".

(FCC – 2015 – DPE-SP – Defensor Público) "Sobre o livramento condicional é correto afirmar que: a) o preso não reincidente condenado a uma pena por crime comum e outra por crime hediondo deve cumprir um sexto da primeira, mais metade da segunda como requisito objetivo para o livramento condicional; b) a comutação de pena é incompatível com o cumprimento de pena em livramento condicional; c) o sistema progressivo de cumprimento de pena impede a progressão por salto do regime fechado para o livramento condicional; d) é possível a revogação do livramento condicional em virtude de condenação por crime cometido antes de sua vigência; e) o lapso temporal para o reincidente específico em crime hediondo é de mais de dois terços da pena". **Gabarito: D.**

7. QUADRO PARA FIXAÇÃO

	SURSIS	LIVRAMENTO CONDICIONAL
Requisitos	**Objetivos:** a) Qualidade da pena (art. 77, *caput*): pena privativa de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples); b) Quantidade da pena: pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos (art. 77, caput). Exceção: pena não superior a 4 (quatro) anos, no caso de ser condenado maior de setenta anos de idade, ou por razões de saúde que justifiquem a suspensão (art. 77, § 2º). No caso de concurso de crimes considera-se a soma das penas.	**Objetivos:** a) A pena privativa de liberdade fixada na sentença deve ser igual ou superior a 2 (dois) anos. As penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento (CP, art. 84). b) Cumprimento de mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes. c) Cumprimento de mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso. d) Cumprimento de mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. e) Reparação do dano causado pela infração, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo.
Requisitos	**Subjetivos:** a) Não ser o réu reincidente em crime doloso, salvo se na condenação anterior foi aplicada somente a pena de multa (art. 77, I, e § 1º). b) A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício (art. 77, II): se na fixação da pena-base o juiz considerou as circunstâncias judiciais favoráveis, não poderá, no momento da análise do *sursis*, alterar esse enfoque. c) Não ser indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 77, III).	**Subjetivos:** a) Ostentar: i) bom comportamento durante a execução da pena; ii) não cometimento de falta grave nos últimos 12 meses; iii) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e iv) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto. b) Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. Essa perícia é dispensável, já que não mais é obrigatório o exame criminológico.
Período de prova	No caso de crime: o período de prova é de 2 a 4 anos. No *sursis* etário, o prazo será de 4 a 6 anos (art. 77, § 2º). Importante observar que esse *sursis* aplica-se ao acusado maior de 70 anos condenado a pena que seja superior a dois e não excede a quatro anos de prisão. Se a sua condenação não for superior a dois anos, o período de prova é o comum. No caso de contravenção penal, o período será de 1 a 3 anos.	Restante da pena

	SURSIS	LIVRAMENTO CONDICIONAL
Condições	a) **Condições legais:** - **Sursis simples:** no primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 78, § 1º). - **Sursis especial:** a) proibição de frequentar determinados lugares; b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; c) comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (art. 78, § 2º). b) **Condições judiciais (art. 79):** a sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.	**Condições obrigatórias (LEP, art. 132, § 1º):** obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho; comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação; não mudar do território da comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização deste. **Condições facultativas (LEP, art. 132, § 2º):** não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; recolher-se à habitação em hora fixada; não frequentar determinados lugares.
Revogação	**Revogação obrigatória (CP, art. 81, I a III)** a) É condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso; b) Frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano; c) Descumpre a condição do § 1º do artigo 78 deste Código;	**Revogação obrigatória** a) Se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do período de prova; b) Se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime **anterior** ao período de prova, observado o disposto no artigo 84 deste Código.
Revogação	**Revogação facultativa (art. 81, § 1º)** a) Descumprimento de qualquer outra condição imposta; b) É irrecorrivelmente condenado, durante o período de prova, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.	**Revogação facultativa** a) Se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença; b) Se o liberado for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena de multa ou restritiva de direitos (não pode ser privativa de liberdade).

Capítulo IX

Efeitos da condenação

<table>
<tr><td rowspan="6">Efeitos</td><td rowspan="4">1) Principais</td><td rowspan="4">1.1) Sanção penal</td><td rowspan="3">1.1.1) Pena</td><td>a) Privativa de liberdade</td></tr>
<tr><td>b) Restritiva de direitos</td></tr>
<tr><td>c) Multa</td></tr>
<tr><td rowspan="2">1.1.2) Medida de segurança (semi-imputável)</td><td>a) Internação</td></tr>
<tr><td>b) Tratamento ambulatorial</td></tr>
<tr><td rowspan="4">2) Secundários</td><td colspan="3">2.1) Penais</td></tr>
<tr><td rowspan="3">2.2) Extra-penais</td><td colspan="2">2.2.1) Genéricos (art. 91)</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.2) Confisco alargado (art. 91-A)</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.3) Específicos (art. 92)</td></tr>
</table>

1. EFEITOS PRINCIPAIS

O principal efeito da condenação é a imposição de sanção penal (pena ou medida de segurança). Vejamos:

1) **Pena:** aplicada ao imputável ou semi-imputável.
   a) pena privativa de liberdade
   b) pena restritiva de direitos
   c) pena de multa.

2) **Medida de segurança:** aplicada ao semi-imputável (CP, art. 26, parágrafo único c/c art. 98).

2. EFEITOS SECUNDÁRIOS

2.1. Efeitos secundários de natureza penal

a) Enseja reincidência, se houver crime posterior (CP, art. 63);

b) Revogação facultativa ou obrigatória do *sursis* anteriormente concedido (CP, art. 81);

c) Revogação facultativa ou obrigatória do livramento condicional (CP, arts. 86 e 87);

d) Aumento ou interrupção do prazo de prescrição da pretensão executória quando caracterizada a reincidência (CP, art. 110, *caput*);

e) Revogação da reabilitação (CP, art. 95), quando se tratar de reincidente;

f) Impede a concessão de certos privilégios, tais como: art. 155, § 2º; 170; 171, § 1º, todos do CP;

g) Impossibilidade de eventual concessão de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

2.2. Efeitos secundários de natureza extrapenal

A condenação produz efeitos secundários **genéricos (art. 91)** e **específicos (arts. 91-A e 92)**. Os genéricos são de aplicação automática, independente de declaração na sentença, ao passo que os específicos precisam ser motivadamente declarados na sentença.

2.2.1. *Genéricos (aplicação automática)*

a) Obrigação de reparação do dano (art. 91, I)

Com a sentença penal condenatória não mais se discute o fato ilícito e a obrigação de indenizar. Para que a vítima seja reparada deverá apenas promover a liquidação e, posteriormente, a execução da sentença penal condenatória, posto que esta se trata de um título executivo judicial.

Não se deve confundir o art. 91, I, do CP (efeito da condenação) com o art. 387, IV, do CPP, o qual determina que na sentença condenatória o juiz fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Por ser norma de Direito Penal, não se aplica aos crimes praticados antes da vigência da Lei nº 11.719/08. A propósito: "1. Consoante dispõe o art. 91, I, do Código Penal: 'são efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime'. Referido dispositivo trata do efeito extrapenal genérico da condenação, de efeito automático, pois não necessita ser expressamente pronunciado pelo juiz na sentença condenatória para se tornar título executivo judicial a embasar eventual propositura da ação civil ex delicto. 2. Com a alteração instituída pela Lei Federal n. 11.719/08, o inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal - CPP possibilitou que o juiz, ao proferir a sentença condenatória, fixe valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Assim, o aludido dispositivo apenas permitiu a antecipação do momento processual para fixação de um valor mínimo para reparação de danos causados por uma infração penal. 3. Esta Corte Superior de Justiça entende que "a aplicação do instituto disposto no art. 387, IV, do CPP, referente à reparação de natureza cível, na prolação da sentença condenatória, requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa" (AgRg no AREsp 1309078/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ,

SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 16/11/2018) (STJ, 5ª T., AgRg nos EDcl no AREsp 1296627, DJe 01/02/2019).

Pedido formal, para que haja contraditório. "Esta Corte Superior de Justiça, conforme consignado no decisum reprochado, possui entendimento consolidado no sentido de que 'a aplicação do instituto disposto no art. 387, IV, do CPP, referente à reparação de natureza cível, na prolação da sentença condenatória, requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa'" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1867135, j. 28/04/2020); "A fixação de valor mínimo para reparação dos danos materiais causados pela infração exige, além de pedido expresso na inicial, a indicação de valor e instrução probatória específica" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1856026, j. 16/06/2020).

Violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar e pedido de dano moral: "Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória" (tese fixada no REsp 1675874/MS, 3ª Seção, DJe 08/03/2018).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) "Sobre os efeitos da condenação, a) a estigmatização do condenado é um efeito declarado da sentença penal condenatória. b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 anos é automática a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo. c) a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime é efeito automático da sentença penal condenatória. d) o perdão tácito do ofendido não sé admissível no direito penal brasileiro. e) o perdão judicial exclui os efeitos da condenação, salvo a reincidência". **Gabarito: C.**

b) Confisco (art. 91, II)

Trata-se da perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisa cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. O confisco tem como propósitos (i) impedir a difusão de instrumentos idôneos à prática de infrações penais e (ii) vedar o enriquecimento ilegal por parte do agente. Só caberá o confisco se não houver a restituição do produto do crime ao lesado ou terceiro de boa-fé.

A alínea "a" faz referência ao **instrumento do crime** (*instrumenta sceleris*). Refere-se aos objetos utilizados pelo agente na execução do delito, como uma arma de fogo no crime de homicídio ou a própria arma de fogo no crime de porte ilegal. Vejamos: "(...) 4. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a condenação por porte ilegal de arma de fogo acarreta, como efeito, o perdimento do armamento apreendido, em razão do disposto nos arts. 91, II, "a", do CP e 1º da LCP (EREsp 83.359/SP, Ministro Gilson Dipp, Terceira

Seção, julgado em 13/12/1999, DJ 21/02/2000). [...] O perdimento do armamento apreendido é um efeito da prática da conduta tipificada no art. 14, caput, do Estatuto do Desarmamento, não podendo ser conferido prazo para regularização do artefato, haja vista que tal providência somente é cabível nos casos de posse de arma de fogo, não sendo aplicada à hipótese de porte, como o caso dos autos. (REsp n.1.666.879/SC, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/8/2018. 5. Recurso especial parcialmente provido para cassar o acórdão recorrido, no sentido de determinar o perdimento da arma de fogo em favor da União, nos termos do art. 25 da Lei n. 10.826/2003" (STJ, REsp 1756202, j. 21/02/2019).

Por outro lado, o **produto do crime** (*producta sceleris*) abrange: a) a coisa adquirida diretamente com o crime (ex.: coisa objeto do furto ou roubo); b) a coisa adquirida mediante especificação (ex.: joia feita com o ouro roubado); c) a coisa adquirida mediante alienação (ex.: dinheiro obtido da venda da coisa roubada).

O confisco pode ocorrer após a prolação da sentença: "(...) 3. Não existe preclusão pro judicato que impeça a decretação do perdimento de bens em momento posterior à sentença. Tal decretação após a sentença não implica tampouco em reformatio in pejus, já que, nos termos do art. 91, II, b, do CP, a decretação do perdimento de bens que constituem produto do crime em favor da União corresponde a efeito automático da condenação do acusado. Precedentes (...)" (STJ, 5ª T., RMS 56.799, j. 12/06/2018).

A Lei n.º 12.694/12 que, entre outras providências, dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas, acrescentou dois parágrafos ao **art. 91 do CP**. Conforme o **§ 1º (perda de bens pelo equivalente)**, "Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior". **Já o § 2º (sequestro pelo equivalente)** possui a seguinte redação: "Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda". A propósito: "O sequestro é medida assecuratória cujo deferimento acarreta a indisponibilidade dos bens móveis ou imóveis adquiridos pelo agente como proveito da infração penal ou produto indireto (fructus sceleris). Em interpretação contrario sensu do art. 132 do CPP, no caso de imóveis, igualmente possível o sequestro do produto direto da infração (producta sceleris), porquanto incabível apreensão (CPP, art. 240, § 1º, b), somente aplicável ao produto direto de bens móveis. A finalidade precípua do sequestro é garantir a reparação do dano causado pelo delito e a perda do produto ou proveito auferido pelo agente com a prática do crime, evitando-se, pois, benefício decorrente da própria torpeza. (...) Ademais, a Lei 12.694/2012 alargou o espectro de incidência das medidas cautelares assecuratórias, ao inserir os §§ 1º e 2º do art. 91 do CP. Desse modo, o sequestro pode abranger, igualmente, bens ou valores de origem lícita, equivalentes ao produto ou proveito da infração, se estes não forem encontrados ou se localizarem no exterior" (STJ, 5ª T., RMS 49.540, j. 12/09/2017).

ALTERAÇÕES DO CPP

O Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19, com vigência a partir de 23/01/2020) incluiu o art. 124-A e deu nova redação ao art. 133 do Código de Processo Penal.

Bens de relevante valor cultural ou artístico: "Art. 124-A. Na hipótese de decretação de perdimento de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, se o crime não tiver vítima determinada, poderá haver destinação dos bens a museus públicos."

Procedimento para venda dos bens. "Art. 133. Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público cujo perdimento tenha sido decretado. § 1º Do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé. § 2º O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, exceto se houver previsão diversa em lei especial."

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MPRJ – XXXV Concurso – 2017 – Promotor de Justiça) *Questão discursiva*: "O ordenamento jurídico brasileiro reconhece o 'sequestro pelo equivalente' e a 'perda de bens pelo equivalente'? Em que consistem tais medidas?"

Gabarito: O ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito da persecução penal, realmente reconhece ambas as medidas. Quanto à primeira, cuida-se de medida cautelar real, que recai sobre bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito de crime, objetivando posterior decretação de sua perda em favor da União, conforme artigos 125 e seguintes do CPP, na forma do artigo 91, § 2º, do CP. No tocante à perda pelo equivalente, trata-se de efeito da condenação, consistente no confisco dos instrumentos ou produtos do crime, conforme artigo 91, II, a e b, e § 1º, do CP. As comentadas medidas, contudo, somente têm lugar quando o produto ou proveito do crime não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

2.2.2. *Confisco alargado (CP, art. 91-A)*

Art. 91-A Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I – de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II – transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

> **§ 4º** Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.
>
> **§ 5º** Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

O Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19, com vigência a partir do dia 23/01/2020) incluiu o **art. 91-A no Código Penal,** dispondo sobre o denominado **confisco alargado** na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine **pena máxima superior a 6 anos de reclusão.** Essa medida criada pelo legislador permite que o Ministério Público demonstre que o patrimônio do criminoso é incongruente com seus rendimentos lícitos, de modo a presumir a sua origem ilícita. A diferença corresponde ao valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. *Exemplo:* em um patrimônio total de R$ 3.000.000,00, mas com valor de procedência lícita de R$ 1.000.000,00, teremos uma diferença apurada de R$ 2.000.000,00. Caso o Ministério Público comprove que esse patrimônio é desproporcional, ocorrerá a inversão do ônus da prova, cabendo ao agente demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio. Ao oferecer a denúncia, o Ministério Público indicará essa diferença apurada (R$ 2.000.000,00, no nosso exemplo), cabendo ao juiz, na sentença condenatória, declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

Importante:

- Para o cálculo da pena máxima se levará em consideração eventuais qualificadoras, privilegiadoras, causas de aumento e de diminuição.
- **O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPG) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) emitiram o Enunciado 2 sobre o tema:** "Nos casos de confisco alargado (art. 91-A), para efeito de indicação do valor a ser perdido (parágrafo 3º), basta a apresentação de cálculo simplificado, baseado nos dados disponíveis no momento do oferecimento da denúncia, sem prejuízo do incremento do quantum decorrente de eventuais provas que venham a ser aviadas aos autos no curso da instrução processual".
- **Notícias do STF de 20/01/2020:** "A Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim) ajuizou ação no STF para questionar a constitucionalidade de dispositivo do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), aprovado pelo Congresso Nacional em dezembro, que prevê a perda de bens como um dos efeitos da condenação criminal. Na ADI 6304, a associação afirma que a regra cria uma pena de 'confisco de bens', em violação ao princípio da individualização da pena e da função social da propriedade".
- **Enunciado 22 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, vinculado ao STJ:** "Para fins de aplicação do art. 91-A do Código Penal, cabe ao Ministério Público, e não à Defesa, a comprovação de incompatibilidade entre o patrimônio e os rendimentos lícitos do réu".

2.2.3. Específicos (CP, art. 92)

Os efeitos específicos, dispostos no art. 92, **não são automáticos**, devendo ser declarados na sentença.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2015 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Os efeitos genéricos e específicos da condenação criminal são automáticos, sendo, pois, despicienda suas declarações na sentença".

Os efeitos específicos são os seguintes:

a) Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo.

- *Quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo* ***igual ou superior a um ano****, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.* É necessário que o ilícito tenha sido praticado no exercício das funções do agente. Com a perda do cargo o condenado não mais poderá exercê-lo, ainda que reabilitado, isto é, não poderá reintegrar-se à situação anterior. Nada impede que após a reabilitação venha a prestar novo concurso.
- *Quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo* ***superior a quatro anos*** *nos demais casos.* Não precisa haver relação do crime com o exercício cargo ou função.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – TCE-CE – Conselheiro) "A perda de cargo, função ou mandato eletivo, como efeito extrapenal de condenação, requer: a) condenação igual ou superior a dois anos nos crimes praticados com abuso de poder ou na violação do dever para com a Administração pública e condenação por tempo superior a quatro anos nos demais casos; b) condenação igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de poder ou na violação do dever para com a Administração pública e condenação por tempo superior a cinco anos nos demais casos; c) condenação igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de poder ou na violação do dever para com a Administração pública e condenação por tempo superior a quatro anos nos demais casos; d) imprescritibilidade do delito cometido; e) condenação igual ou superior a um ano em todos os crimes praticados contra a Administração pública". **Gabarito: C.**

Observações:

➢ Como veremos mais adiante, em relação ao mandato eletivo, aplica-se a norma constitucional (art. 15, III, da CF). Basta a condenação penal irrecorrível (por qualquer infração penal, ou seja, crime ou contravenção) para que ocorra a suspensão dos direitos políticos, e, por consequência, a perda do mandado eletivo, salvo na hipótese do art. 55, § 2º, da CF.

➢ Quando o cargo for vitalício (ex.: Promotor de Justiça), sujeito a regra específica, não se aplica o disposto no CP, mas sim a norma pertinente. Vejamos: "1. Em relação ao art. 92 do Código Penal, o art. 38 da Lei n. 8.625/1993 é norma

especial, razão pela qual deve esta última prevalecer, por trazer forma particular da perda do cargo de membro do Ministério Público. 2. A teor do art. 38, § 1º, inciso I, e § 2º da Lei n.º 8.625/93, a perda do cargo de membro do Ministério Público somente pode ocorrer após o trânsito em julgado de ação civil proposta para esse fim. E, ainda, essa ação somente pode ser ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, quando previamente autorizado pelo Colégio de Procuradores, o que constitui condição de procedibilidade, juntamente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (REsp n. 1251621/AM, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 12/11/2014). 3. Para que possa ocorrer a perda do cargo do membro do Ministério Público, são necessárias duas decisões. A primeira, condenando-o pela prática do crime e a segunda, em ação promovida pelo Procurador-Geral de Justiça, reconhecendo que o referido crime é incompatível com o exercício de suas funções, ou seja, deve existir condenação criminal transitada em julgado, para que possa ser promovida a ação civil para a decretação da perda do cargo (art. 38, §2º, da Lei n. 8.625/1993)" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1409692, j. 23/05/2017); "A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/1993), em seu art. 38, disciplina a ação civil própria para a perda do cargo de membro vitalício do Parquet estadual, a ser proposta pelo Procurador-Geral de Justiça nas hipóteses que especifica, firmando, ainda, a competência do Tribunal de Justiça local para seu processamento e julgamento. Ação Civil com foro especial, a qual não se confunde com a ação civil pública de improbidade administrativa, regida pela Lei n. 8.429/92, que não prevê tal prerrogativa. (...) A competência para processar e julgar a Ação de Perda de Cargo de promotor de justiça é do Tribunal de Justiça local" (STJ, 2ª T., REsp 1773162, j. 05/03/2020).

➢ O STJ já decidiu que não se aplica a perda do cargo na hipótese de o servidor já ter se aposentado, mesmo que no curso da ação penal. Ainda que condenado por crime praticado durante o período de atividade, o servidor público não pode ter a sua aposentadoria cassada com fundamento no art. 92, I, do CP, mesmo que a sua aposentadoria tenha ocorrido no curso da ação penal. De fato, os efeitos de condenação criminal previstos no art. 92, I, do CP - segundo o qual são efeitos da condenação criminal a "perda de cargo, função pública ou mandato eletivo" -, embora possam repercutir na esfera das relações extrapenais, são efeitos penais, na medida em que decorrem de lei penal. Sendo assim, pela natureza constrangedora desses efeitos (que acarretam restrição ou perda de direitos), eles somente podem ser declarados nas hipóteses restritas do dispositivo mencionado, o que implica afirmar que o rol do art. 92 do CP é taxativo, sendo vedada a interpretação extensiva ou analógica para estendê-los em desfavor do réu, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. Dessa maneira, como essa previsão legal é dirigida para a "perda de cargo, função pública ou mandato eletivo", não se pode estendê-la ao servidor que se aposentou, ainda que no decorrer da ação penal. Precedente: STJ, REsp 1.416.477, j. 18/11/2014 (Inf. 552). No mesmo sentido: "A jurisprudência desta Corte firmou no sentido de que a cassação do provento da reserva remunerada, assim como ocorre com a aposentadoria do servidor público civil, não constitui efeito extrapenal da condenação, diante da impossibilidade de interpretação analógica in malam partem do art. 92, inciso I, do Código Penal" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1743955, j. 28/05/2019).

➢ Para o STJ, a pena de perdimento deve ser restrita ao cargo ocupado ou função pública exercida no momento do delito, à exceção da hipótese em que o magistrado, motivadamente, entender que o novo cargo ou função guarda correlação com as atribuições anteriores". A temática foi tratada no **Informativo 599**: "Cinge-se a controvérsia a saber se a perda de perdimento prevista no art. 92, I, do CP se restringe à atividade pública exercida no momento do delito. O STJ entende que o reconhecimento de que o réu praticou ato incompatível com o cargo por ele ocupado é fundamento suficiente para a decretação do efeito extrapenal de perda do cargo público (AgRg no REsp 1.613.927-RS, DJe 30/9/2016). Em regra, a pena de perdimento deve ser restrita ao cargo público ocupado ou função pública exercida no momento do delito. Trilhando esse entendimento, doutrina defende que "A perda deve restringir-se somente àquele cargo, função ou atividade no exercício do qual praticou o abuso, porque a interdição pressupõe que a ação criminosa tenha sido realizada com abuso de poder ou violação de dever que lhe é inerente". Assim, a perda do cargo público, por violação de dever inerente a ele, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito. Porém, salienta-se que se o magistrado de origem considerar, motivadamente, que o novo cargo guarda correlação com as atribuições do anterior, ou seja, naquele em que foram praticados os crimes, mostra-se devida a perda da nova função, uma vez que tal ato visa anular a possibilidade de reiteração de ilícitos da mesma natureza, o que não ocorreu no caso" (informações do inteiro teor do REsp 1452935/PE, 5ª T., j. 14/03/2017).

b) Incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado.

O inciso II do artigo 92 do Código Penal teve nova redação dada pela Lei n. 13.715, de 24/09/2018. Com a alteração, a incapacidade para o exercício do poder familiar pode ocorrer quando o crime doloso e punido com reclusão é praticado contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar (ex.: marido que tenta matar esposa), e não necessariamente contra os filhos.

No caso de vítima filho, tutelado ou curatelado, esse efeito é **permanente**. Assim, ainda que haja a reabilitação do agente, é vedada a sua reintegração na situação anterior (art. 93, parágrafo único, do Código Penal). Em relação aos demais filhos, tutelados ou curatelados, a incapacidade é **provisória** e não impede que o agente, uma vez reabilitado, torne a exercer o poder familiar, tutela ou curatela.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MG – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "São efeitos automáticos da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, e a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado".

(MP-SP - 2015 - Promotor de Justiça) "O efeito civil da condenação referente à "incapacidade para o exercício do pátrio poder": a) é sempre permanente com relação à vítima; b) pode ser recuperado em relação a todos os filhos, inclusive a vítima, por meio de deferimento da reabilitação; c) tratando-se de crime sexual praticado contra filha, só pode ser recuperado por meio de deferimento da reabilitação em relação aos filhos homens, nunca em relação à vítima e demais filhas mulheres; d) tratando-se de crime apenado com detenção, tal efeito civil da condenação tem caráter de mera suspensão do pátrio poder, devendo ser imposto pelo Juiz com prazo determinado e somente em relação à vítima; e) tratando-se de crime apenado com detenção, tal efeito civil tem o caráter de mera suspensão do pátrio poder, por isso que é imposto pelo Juiz por prazo determinado e em relação a todos os filhos do agente". **Gabarito: A.**

Obs.: a Lei nº 12.962/14, acrescentou o § 2º ao art. 23 do ECA para constar que "A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha".

c) Inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Conforme o art. 140 do Código de Trânsito (Lei n. 9.503/97), "A habilitação para conduzir veículo automotor e elétrico será apurada por meio de exames que deverão ser realizados junto ao órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato, ou na sede estadual ou distrital do próprio órgão, devendo o condutor preencher os seguintes requisitos: I - ser penalmente imputável; II - saber ler e escrever; III - possuir Carteira de Identidade ou equivalente".

A pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor está expressamente prevista para os crimes de homicídio culposo (art. 302 do CTB) e lesão corporal culposa (art. 303 do CTB) na direção de veículo automotor. No entanto, pode ser que o agente use o automóvel como instrumento para a prática de crimes dolosos, ocasião em que poderá incidir o efeito (não automático) da condenação disposto no inciso III do artigo 92 do Código Penal.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR - 2019 - Promotor de Justiça) Em relação aos efeitos da condenação dispostos no Código Penal, assinale a alternativa incorreta: a) Um dos efeitos da condenação é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. b) Um dos efeitos da condenação é a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. c) Um dos efeitos da condenação é a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a dois anos, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública. d) Um dos efeitos da condenação é a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro

descendente ou contra tutelado ou curatelado. e) Um dos efeitos da condenação é a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. **Gabarito: C.**

(CESPE – 2019 – TJ-SC – Juiz de Direito) Conforme o Código Penal e a legislação aplicável, constitui efeito automático da condenação criminal, que independe de expressa motivação em sentença: a) nos casos de crime doloso sujeito à pena de reclusão cometido contra filho, tutelado ou curatelado, a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela. b) nos casos de crimes praticados com violação de dever para com a administração pública, a perda de cargo ou função pública, quando aplicada pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano. c) nos casos de servidor público condenado pela prática de crime resultante de discriminação ou preconceito de raça, cor, religião ou procedência nacional, a perda do cargo ou da função pública. d) nos casos de condenação pela prática de crime falimentar, a inabilitação para o exercício de atividade empresarial, pelo prazo de cinco anos após a extinção da punibilidade. e) no caso de servidor público condenado pela prática de crime de tortura, a perda do cargo ou da função pública e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada. **Gabarito: E.**

2.3. Suspensão dos direitos políticos

Nos termos do art. 15, III, da CF a suspensão se dará nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. Trata-se de efeito secundário de natureza extrapenal. Ainda: "1. A regra de suspensão dos direitos políticos prevista no art. 15, III, é autoaplicável, pois trata-se de consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado. 2. A autoaplicação independe da natureza da pena imposta. 3. A opção do legislador constituinte foi no sentido de que os condenados criminalmente, com trânsito em julgado, enquanto durar os efeitos da sentença condenatória, não exerçam os seus direitos políticos" (STF, Pleno, RE 601182, j. 08/05/2019).

Consequência:

- **Condenado não investido de mandato político:** privação da capacidade política de votar e ser votado, de iniciativa popular de lei, de ajuizar ação popular, de participar de partidos políticos. Caso ocorra a condenação irrecorrível após o deferimento do registro de candidatura e antes da diplomação, o condenado que foi eleito não poderá ser diplomado. Precedente: TSE-RCED-759, j. 23/08/07.
- **Condenado investido de mandato político:** além das privações acima relacionadas, ocorrerá a perda do mandato eletivo. Em relação aos deputados e senadores, dispõe o art. 55, § 2º, da CF: "*Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. (...) § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa*".

Sobre o art. 55, § 2º, da CF, vejamos as decisões abaixo:

- **STF: perda automática do mandato de parlamentar que está condenado à prisão em regime inicial fechado no qual precise permanecer por mais de 120 dias.** "Perda do mandato parlamentar: É da competência das Casas Legislativas decidir sobre a perda do mandato do Congressista condenado criminalmente (artigo 55, VI e § 2º, da CF). Regra excepcionada – adoção, no ponto, da tese proposta pelo eminente revisor, Ministro Luís Roberto Barroso -, quando a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, e não viável o trabalho externo diante da impossibilidade de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para a obtenção do benefício durante o mandato e antes de consumada a ausência do Congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa Legislativa da qual faça parte. Hipótese de perda automática do mandato, cumprindo à Mesa da Câmara dos Deputados declará-la, em conformidade com o artigo 55, III, § 3º, da CF. Precedente: MC no MS 32.326/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 02.9.2013. 8. Suspensão dos direitos políticos do condenado quando do trânsito em julgado da condenação (art. 15, III, da CF)" (STF, 1ª T., AP 694, j. 02/05/2017).

- **STF:** "(...) 5. Perda do mandato parlamentar. Entendimento da maioria no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário decretar a perda de mandato de parlamentar federal, em razão de condenação criminal. Determinação de comunicação à respectiva Casa para instauração do procedimento do art. 55, § 2º, da Constituição Federal" (2ª T., AP 572, j. 11/11/2014).

- **STF:** "Controvérsia no âmbito desta Suprema Corte a respeito da competência para decretar a perda do mandato no caso de condenação criminal transitada em julgado. Orientação original que deve prevalecer, no sentido de a atribuir à Casa Legislativa a que pertence o parlamentar condenado. Inteligência do art. 55, § 2º, da Constituição da República" (2ª T., AP 563, j. 21/10/2014).

- **STF:** "1. A perda do mandato parlamentar, no caso em pauta, deriva do preceito constitucional que impõe a suspensão ou a cassação dos direitos políticos. 2. Questão de ordem resolvida no sentido de que, determinada a suspensão dos direitos políticos, a suspensão ou a perda do cargo são medidas decorrentes do julgado e imediatamente exequíveis após o trânsito em julgado da condenação criminal, sendo desimportante para a conclusão o exercício ou não de cargo eletivo no momento do julgamento" (Pleno, AP 396 QO, j. 26/06/2013).

Decisão da Justiça Eleitoral com trânsito em julgado para perda do mandato. "1. Nos termos do § 1º do art. 27 da Constituição da República, os Estados-membros deverão observar as normas relativas à perda de mandato previstas no § 3º do art. 55 da Constituição da República. Precedentes. 2. O condicionamento da perda de mandato de deputados estaduais e de governador ao trânsito em julgado de decisão da Justiça Eleitoral contraria os princípios constitucionais da República brasileira por atrasar, sem fundamento constitucional, o cumprimento

de medidas que densificam a soberania popular, a moralidade administrativa e a separação dos Poderes. 3. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 64/2008 à Constituição de Rondônia" (STF, ADI 5007, Tribunal Pleno, j. 11/04/2019).

Lei da Ficha Limpa. O art. 1º, I, *e* da Lei Complementar nº 64/90, com a redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010 ("Lei da Ficha Limpa"), dispõe acerca de vários casos de inelegibilidade aos que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado. Vejamos:

> Art. 1º. São inelegíveis: I - para qualquer cargo: e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; (redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

Obs.: sobre a referida lei, vide Informativo 625 do STF.

2.4. Outros efeitos secundários de natureza extrapenal

A legislação penal especial estabelece outros casos de efeitos da condenação:

1) **Lei nº 7.716/89 (preconceito racial):** *Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a 3 (três) meses. Art. 18. Os efeitos de que tratam os artigos 16 e 17 desta Lei* ***não são automáticos****, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (...) Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (...) § 2º. Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (...) § 4º. Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (Redação dada ao artigo pela Lei nº 9.459, de 13.05.1997)*

2) **Lei nº 9.613/98 (lavagem de capitais):** *Art. 7º. São efeitos da condenação, além dos previstos no Código Penal: I - a perda, em favor da União - e dos Estados, nos casos de competência da Justiça Estadual -, de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos*

crimes previstos nesta Lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012); II - a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no artigo 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

3) **Lei nº 11.101/05 (falência):** *Art. 181. São efeitos da condenação por crime previsto nesta Lei: I - a inabilitação para o exercício de atividade empresarial; II - o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei; III - a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio. § 1º Os efeitos de que trata este artigo* ***não são automáticos****, devendo ser motivadamente declarados na sentença, e perdurarão até 5 (cinco) anos após a extinção da punibilidade, podendo, contudo, cessar antes pela reabilitação penal. § 2º Transitada em julgado a sentença penal condenatória, será notificado o Registro Público de Empresas para que tome as medidas necessárias para impedir novo registro em nome dos inabilitados.*

4) **Lei nº 9.472/97 (telecomunicações):** *Art. 184. São efeitos da condenação penal transitada em julgado: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar. Parágrafo único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.*

5) **Lei nº 9.455/97 (tortura):** *Art. 1º, § 5º. A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.* **Trata-se de efeito extrapenal automático**: "Nas hipóteses de condenação por crimes previstos no art. 1º da Lei n. 9.455/1997, como no caso, conforme dispõe o § 5º do art. 1º do citado diploma legal, a perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação, sendo dispensável sua fundamentação concreta. Precedentes do STJ e do STF" (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 1103702, j. 02/06/2020).

6) **Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável:** *Art. 218-B do CP: Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (...) § 2º Incorre nas mesmas penas: (...) II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo. § 3º Na hipótese do inciso II do § 2º,* ***constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.***

7) **Lei 12.850/13, art. 2º, § 6º (Lei da Organização Criminosa)**: "*A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do*

cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena". Conforme prevalece, trata-se de efeito automático da condenação.

8) **Lei 9.503/97, art. 278-A, incluído pela Lei 13.804/2019 (Código de Trânsito):** "O condutor que se utilize de veículo para a prática do crime de receptação, descaminho, contrabando, previstos nos arts. 180, 334 e 334-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), condenado por um desses crimes em decisão judicial transitada em julgado, terá cassado seu documento de habilitação ou será proibido de obter a habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 5 (cinco) anos. § 1º O condutor condenado poderá requerer sua reabilitação, submetendo-se a todos os exames necessários à habilitação, na forma deste Código. § 2º No caso do condutor preso em flagrante na prática dos crimes de que trata o caput deste artigo, poderá o juiz, em qualquer fase da investigação ou da ação penal, se houver necessidade para a garantia da ordem pública, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção".

9) **Lei 13.869/2019, art. 4º (Abuso de Autoridade):** "São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos; II – a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos; III – a perda do cargo, do mandato ou da função pública. Parágrafo único. Os efeitos previstos nos incisos II e III do caput deste artigo são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença".

PERDA AUTOMÁTICA DO CARGO PÚBLICO OU DO MANDATO ELETIVO:

- Lei de Tortura (art. 1º, § 5º, da Lei 9.455/97).
- Lei da Organização Criminosa (art. 2º, § 6º, da Lei 12.850/13).
- Parlamentar condenado a mais de 120 dias em regime fechado (STF, 1ª T., AP 694, j. 02/05/2017).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MG – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada correta a seguinte alternativa: "Nos termos da Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a 3 (três) meses; no entanto, tais efeitos não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença".

(CESPE - 2017 - TRE-BA - Analista Judiciário) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A condenação de servidor público por quaisquer crimes decorrentes de preconceito de raça ou de cor implica perda automática do cargo público".

(CESPE - 2016 - PC-PE - Delegado de Polícia) "Da sentença penal se extraem diversas consequências jurídicas e, quando for condenatória, emergem-se os efeitos penais e extrapenais. Acerca dos efeitos da condenação penal, assinale a opção correta. a) A licença de localização e de funcionamento de estabelecimento onde se verifique prática de exploração sexual de pessoa vulnerável, em caso de o proprietário ter sido condenado por esse crime, não será cassada, dada a ausência de previsão legal desse efeito da condenação penal. b) A condenação por crime de racismo cometido por proprietário de estabelecimento comercial sujeita o condenado à suspensão do funcionamento de seu estabelecimento, pelo prazo de até três meses, devendo esse efeito ser motivadamente declarado na sentença penal condenatória. c) Segundo o CP, constitui efeito automático da condenação a perda de cargo público, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública. d) A condenação por crime de tortura acarretará a perda do cargo público e a interdição temporária para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada, desde que fundamentada na sentença condenatória, não sendo efeito automático da condenação. e) A condenação penal pelo crime de maus-tratos, com pena de detenção de dois meses a um ano ou multa, ocasiona a incapacidade para o exercício do poder familiar, quando cometido pelo pai contra filho, devendo ser motivado na sentença condenatória, por não ser efeito automático". **Gabarito: B.**

(CESPE - 2015 - TRF1 - Juiz Federal) "Segundo o CP, é efeito da condenação criminal transitada em julgado a: a) perda de cargo público, que se dá de forma automática e independente de motivação por parte do juiz se houver sido aplicada pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder; b) obrigatoriedade de indenizar a vítima pelos danos causados pelo crime, desde que a vítima tenha se habilitado como assistente de acusação e formulado prova e pedido expresso acerca do reconhecimento do dano causado; c) perda, em favor da União, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua vantagem alcançada pelo agente com a prática do fato criminoso, ainda que isso traga prejuízo à vítima, que deve ajuizar ação de perdas e danos contra o condenado se desejar indenização; d) perda automática da permissão para dirigir ou da carteira de habilitação quando o condenado tiver usado um veículo como meio para a prática de crime doloso, culposo ou contravenção penal; e) incapacidade para o exercício do pátrio poder no caso de crime doloso apenado com reclusão e cometido contra filho, desde que motivadamente declarada na sentença". **Gabarito: E.**

Capítulo X

Reabilitação

1. FINALIDADE

A reabilitação tem por fim:

a) assegurar ao condenado o **sigilo dos registros** sobre seu processo e condenação (CP, art. 93);

b) **extinguir os efeitos secundários extrapenais específicos** da sentença penal condenatória, vedada reintegração na situação anterior, nos seguintes casos: I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado.

Mesmo reabilitado, se o condenado vier a praticar novo delito durante o período do art. 64, I, do CP, será considerado reincidente.

O sigilo das condenações disposto no art. 202 da LEP não depende de reabilitação, pois é automático. No entanto, poderá ser quebrado a pedido de qualquer autoridade judiciária e por delegado de polícia. No caso do sigilo decorrente da reabilitação, apenas pode ser quebrado por requisição criminal.

2. REQUISITOS (CP, ART. 94) E PROCESSAMENTO

São os seguintes requisitos:

a) decurso de 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação;

b) tenha tido o condenado domicílio no País no prazo acima referido;

c) tenha dado o condenado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;

d) tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstrado a absoluta impossibilidade de fazê-lo, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

O STJ entende que, após cumprida a pena de prisão, o não pagamento da pena de multa não será óbice à reabilitação. Veja-se: "I – Não é razoável que o

réu, cumprida a pena carcerária, fique impossibilitado de obter sua reabilitação, após o prazo legal, enquanto não comprovar o pagamento da multa, na esfera cível. Inviável manter o Processo de Execução perante a Vara das Execuções Penais indefinidamente aguardando referida cobrança judicial" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1561313, j. 27/04/2017).

O pedido deverá ser feito pelo condenado ao **juízo da condenação** e não ao da execução. Se negado ou concedido o pedido, caberá recurso de apelação. Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários (CP, art. 94, parágrafo único).

A reabilitação será **revogada**, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa (CP, art. 95). Assim, a revogação somente poderá ocorrer dentro do prazo do art. 64, I, do CP.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP - 2019 - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Para efeito de reincidência, a reabilitação extingue a condenação anterior".

Capítulo XI

Medidas de segurança

1. INTRODUÇÃO

As medidas de segurança e as penas são as duas espécies de sanção penal. A medida de segurança tem função preventiva (prevenção especial), terapêutica. Tem a finalidade de curar ou tratar aquele que praticou um fato típico e ilícito (injusto penal).

Os **pressupostos** da medida de segurança são: a) a prática de um fato típico e ilícito; b) a periculosidade social (análise feita em relação ao futuro).

- **PENA:** fato típico e ilícito + culpabilidade
- **MEDIDA DE SEGURANÇA:** fato típico e ilícito + periculosidade

A periculosidade pode ser presumida (ficta) ou real. **Presumida:** quando a lei estabelece que em determinada hipótese o indivíduo é considerado perigoso, sem que haja averiguação de sua periculosidade. **Real:** quando é realizada a averiguação da periculosidade. No Brasil, há a periculosidade presumida em relação aos inimputáveis (CP, art. 26, *caput*, c/c art. 97) e a periculosidade real em relação aos semi-imputáveis (CP, art. 26, parágrafo único).

2. ESPÉCIES DE MEDIDAS DE SEGURANÇA

As medidas de segurança são (CP, art. 96):

a) **Detentiva:** *internação* em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

b) **Restritiva:** sujeição a *tratamento ambulatorial.*

Nos termos do art. 97 do CP, se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26 do CP). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(IBFC – 2018 – TRF2 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "As medidas de segurança aplicáveis aos inimputáveis são: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico; na falta deste em estabelecimento adequado; e sujeição a tratamento ambulatorial. Mas se estiver extinta a punibilidade, nenhuma dessas medidas deve incidir".

(CESPE - 2015 - TJ-PB - Juiz de Direito) "Assinale a opção que apresenta medidas de segurança passíveis de aplicação no ordenamento penal brasileiro: a) tratamento psiquiátrico e prestação de serviços a comunidade; b) internação em hospital público e frequência a curso educativo; c) tratamento ambulatorial e internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico; d) tratamento ambulatorial e frequência a curso educativo; e) prestação de serviços a comunidade e internação". **Gabarito: C.**

MEDIDA DE SEGURANÇA E FATO PREVISTO COMO CRIME PUNÍVEL COM RECLUSÃO E DETENÇÃO

Como regra, a medida de segurança de internação é aplicada quando o crime é punido com reclusão, ao passo que a medida de segurança de tratamento ambulatorial é aplicada quando o crime é punido com detenção. Existem, no entanto, exceções. Vejamos a jurisprudência:

- **STF:** "Execução. Condenação a pena de reclusão, em regime aberto. Semi-imputabilidade. Medida de segurança. Internação. Alteração para tratamento ambulatorial. Possibilidade. Recomendação do laudo médico. Inteligência do art. 26, *caput* e § 1º do Código Penal. Necessidade de consideração do propósito terapêutico da medida no contexto da reforma psiquiátrica. Ordem concedida. Em casos excepcionais, admite-se a substituição da internação por medida de tratamento ambulatorial quando a pena estabelecida para o tipo é a reclusão, notadamente quando manifesta a desnecessidade da internação" (2ª T., HC 85401, j. 04/12/2009).
- **STJ:** "1. Via de regra, consoante a diretriz do art. 97 do CP, se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação. Caso o fato previsto como crime seja punível com detenção, poderá o indivíduo ser submetido a tratamento ambulatorial. 2. O critério não é inflexível. Mesmo acontecido um delito apenado com reclusão, o juiz poderá, excepcionalmente, à luz do princípio da proporcionalidade, sujeitar o inimputável a tratamento ambulatorial, desde que constate, indene de dúvidas, a desnecessidade da internação para o fim de cura da periculosidade. 3. Na hipótese, o tratamento foi proposto ao paciente depois de cuidadosa análise das peculiaridades do caso, havendo sido constatada a necessidade da internação, dada a quantidade e a variedade das substâncias encontradas, bem como o fato de ser o réu reincidente específico e ter sido a ele imposto anterior tratamento ambulatorial que sequer foi iniciado" (STJ, 6ª T., HC 584154, j. 04/08/2020).
- **STJ:** "1. Não se desconhece entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que, tratando-se de crime punível com reclusão, não é cabível a substituição da internação em hospital de custódia por tratamento ambulatorial. Precedentes. 2. Ocorre que, para uma melhor exegese do art. 97 do CP, à luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas, sim, a periculosidade do agente, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável. Assim, na fixação da medida de segurança, por não se vincular à gravidade do delito perpetrado, mas à periculosidade do agente, é cabível ao magistrado a opção por tratamento mais apropriado ao inimputável, independentemente de o fato ser punível com reclusão ou detenção, em homenagem aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1891989, j. 06/10/2020).

O art. 319, inciso VII, do CPP, com a redação dada pela Lei 12.403/2011, prevê como medida cautelar diversa da prisão a **internação provisória** do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração.

3. IMPOSIÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

3.1. Inimputável (art. 26, caput)

Nos termos do art. 26, *caput*, do CP, é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Evidenciada a inimputabilidade (art. 26, *caput*), o agente será absolvido (sentença absolutória imprópria). Não se aplica pena, mas sim medida de segurança adequada (CP, art. 97).

Segundo a **Súmula 525 do STF**, "A medida de segurança não será aplicada em segunda instância, quando só o réu tenha recorrido". A propósito: "Condenação. Sentença condenatória. Pena restritiva de liberdade. Substituição por medida de segurança. Determinação de exame de sanidade mental, determinada de ofício em recurso exclusivo do réu, que a não requereu. Inadmissibilidade. Coisa julgada sobre aplicação da pena. Decisão, ademais, viciada por disposição ultra petita e reformatio in peius. HC concedido. Aplicação da súmula 525 do Supremo. Votos vencidos. Não é lícito aplicar medida de segurança em grau de recurso, quando só o réu tenha recorrido sem requerê-la" (STF, 2ª T., HC 111769, j. 26/06/2012).

3.2. Semi-imputável (art. 26, parágrafo único)

No caso de semi-imputável (CP, art. 26, parágrafo único) não há isenção de pena, mas incidirá uma causa de diminuição (1/3 a 2/3).

Mesmo havendo condenação, prevê o art. 98 do CP que, necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo 97 e respectivos §§ 1º a 4º.

O juiz primeiro aplicará a pena para, em seguida, averiguar se o condenado necessita de especial tratamento curativo. Caso positivo, substituirá a pena privativa de liberdade por medida de segurança. A propósito: "A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que, constatada a semi-imputabilidade do réu, o magistrado, valendo-se da discricionariedade fundamentada, poderá optar por aplicar pena privativa de liberdade com o redutor previsto no art. 26, parágrafo único, do CP, ou submetê-lo à tratamento ambulatorial ou medida de internação, conforme preconiza o art. 98, do Estatuto Repressivo" (STJ, 5ª T., HC 499985, j. 06/06/2019).

O **semi-imputável** (CP, art. 26, parágrafo único) que pratica um crime submete-se ao **sistema vicariante ou unitário** (a medida de segurança não é aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade). **O CP aboliu o sistema duplo binário**, que possibilitava a aplicação cumulativa e sucessiva de pena e medida de segurança.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC - 2017 - POLITEC-AP - Perito Médico Legista) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A aplicação da medida de segurança somente é possível aos agentes inimputáveis, nunca aos semi-imputáveis, pois a estes caberá apenas a aplicação da pena diminuída de 1/3 a 2/3".

(FCC - 2007 - TRF4 - Analista Judiciário) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A reforma do Código Penal adotou o sistema vicariante ou unitário, no qual as medidas de segurança só podem ser aplicadas isoladamente, e não cumuladas com a pena privativa de liberdade".

3.3. Superveniência de doença mental

Pode ocorrer que, durante a execução da pena, o condenado passe a sofrer de doença mental. Nesse caso, o juiz poderá substituir a pena por medida de segurança (LEP, art. 183). Havendo recuperação de sua saúde mental, deverá voltar a cumprir a pena.

A medida de segurança no curso da execução (medida de segurança substitutiva) deve observar o tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória. Nesse sentido: "Em se tratando de medida de segurança aplicada em substituição à pena corporal, prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal, sua duração está adstrita ao tempo que resta para o cumprimento da pena privativa de liberdade estabelecida na sentença condenatória" (STJ, 6ª T., HC 373.405, j. 06/10/2016).

4. PERÍODO DA MEDIDA DE SEGURANÇA (CP, ART. 97)

4.1. Prazo mínimo

Ao aplicar a medida de segurança o juiz fixará o prazo mínimo, que deverá ser de 1 a 3 anos (art. 97, § 1º).

Terminado esse prazo mínimo, a pessoa será submetida à perícia médica para ser averiguada se persiste a periculosidade. Caso persista, continuará cumprindo a medida de segurança. A perícia médica deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução (art. 97, § 2º).

4.2. Prazo máximo

A internação, ou tratamento ambulatorial, **nos termos do CP**, será por **tempo indeterminado**, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade.

O **STF** entende que a medida de segurança **não pode ultrapassar os 30 anos**, da mesma forma que a pena privativa de liberdade (STF, RHC 100383, 1ª T., j. 18/10/2011).

O **STJ**, em posicionamento ainda mais garantista, à luz dos princípios da isonomia e da proporcionalidade, sumulou a matéria no seguinte sentido: "O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado" (**Súmula 527**).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2020 – MPE-CE – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Em nome da proibição do caráter perpétuo da pena, conforme entendimento do STJ, o cumprimento de medida de segurança se sujeita ao limite máximo de trinta anos".

(IBFC – 2018 – TRF2 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No caso de tratamento ambulatorial, o tempo limitado para sua ocorrência variará de um a três anos. Terminado o prazo determinado para sua realização, e constatado por perícia que o inimputável cumpriu o programa ambulatorial, sua liberação do tratamento será declarada cumprida em definitivo".

(FAURGS – 2016 – TJ-RS – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Segundo a orientação jurisprudencial dominante no Superior Tribunal de Justiça, o tempo de duração da medida de segurança não poderá ser superior ao tempo máximo de pena abstratamente cominado ao crime praticado pelo agente".

(CESPE – 2016 – PC-PE – Delegado de Polícia) Segundo o entendimento do STJ, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No que diz respeito à progressão de regime prisional de condenado por crime hediondo cometido antes ou depois da vigência da Lei n.º 11.464/2007, é necessária a observância, além de outros requisitos, do cumprimento de dois quintos da pena, se primário, e, de três quintos, se reincidente, para a obtenção do benefício".

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Segundo a jurisprudência dominante do STJ, a medida de segurança tem prazo indeterminado".

(VUNESP – 2015 – TJ-SP – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça (...): O tempo de duração da medida de segurança pode ultrapassar o máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado".

4.3. Desinternação ou liberação

Verificado mediante perícia médica que o agente não mais apresenta sinais de periculosidade, o juiz concederá a desinternação, ou a liberação, **que será sempre condicional**, restabelecendo a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade (art. 97, § 3º).

Em qualquer fase do tratamento ambulatorial poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos (§ 4º).

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2019 – TJ-PR – Juiz de Direito) Lúcio, inimputável por doença mental, após três anos de internação em hospital de custódia, foi liberado pelo juiz da execução, em decorrência de parecer favorável da perícia médica da instituição. Depois de sete meses da liberação, Lúcio foi detido novamente pela prática de conduta delitiva de natureza sexual. Nesse caso, o restabelecimento da internação: a) é cabível, porque o novo fato delituoso ocorreu antes de completado um ano da liberação, que é condicional. b) não é cabível, porque a liberação foi regular e transitou em julgado antes da ocorrência do novo fato delituoso. c) não é cabível, porque o novo fato delituoso ocorreu mais de seis meses após a liberação. d) é cabível, porque a liberação é incondicional e não depende da ocorrência de novo fato delituoso a qualquer tempo. **Gabarito: A.**

(FCC – 2017 – POLITEC-AP – Perito Médico Legista) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Uma vez eleito o tratamento ambulatorial, não poderá ser determinada a internação do agente".

(CESPE – 2008 – DPE-CE – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Felipe, inimputável em decorrência de doença mental, foi submetido a medida de segurança de internação, pelo prazo mínimo de três anos, devido à prática de crime de estelionato. Após esse prazo, foi realizada perícia médica, em que se constatou a cessação da periculosidade. Em consequência disso, após oitiva do Ministério Público e do defensor público, Felipe foi liberado. Nessa condição, a situação anterior poderá ser restabelecida se Felipe, antes do decurso de um ano, praticar fato indicativo de sua periculosidade".

Observações finais:

1) Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta (art. 96, parágrafo único, do CP).

2) Prescrição: "As medidas de segurança se submetem ao regime ordinariamente normado da prescrição penal. Prescrição a ser calculada com base na pena máxima cominada ao tipo penal debitado ao agente (no caso da prescrição da pretensão punitiva) ou com base na duração máxima da medida de segurança, trinta anos (no caso da prescrição da pretensão executória)" (**STF**, 2ª T., HC 107777, 07/02/2012); "A jurisprudência desta Corte, em valiosa manifestação de prestígio à dignidade da pessoa humana, consolidou entendimento segundo o qual, em caso de sentença absolutória imprópria, a prescrição da pretensão executória tem como parâmetro a pena máxima cominada ao delito imputado. Na espécie, como o trânsito em julgado para a acusação ocorreu em 24/05/2004, e a pena máxima cominada para o furto simples tentado é de dois anos e oito meses (quatro anos, subtraída a menor fração para a tentativa, um terço, cf. HC 259.535/BA), tem-se que a prescrição ocorreu em oito anos, ou seja, em 23/05/2012" (STJ, RHC 33.638, 6ª T., j. 05/08/2014). Ainda: "1. A prescrição nos casos de sentença absolutória imprópria é regulada pela pena máxima abstratamente cominada ao delito. Precedentes. (...) Conforme entendimento consolidado nesta Corte Superior de Justiça, o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, a teor do

art. 112, I, do Código Penal. Precedentes" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 469698, j. 12/02/2019).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2017 – DPE-AC – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "As medidas de segurança, em razão da natureza e da finalidade, não se submetem ao instituto da extinção de punibilidade".

(MP-MS – 2015 – Promotor de Justiça) "Em relação ao instituto da medida de segurança, é correto afirmar que: a) Para sua aplicação, é considerada a totalidade dos pressupostos jurídico-penais utilizados para a aplicação de uma pena; b) Não pode ser executada por prazo superior a trinta anos; c) Por não se configurar espécie de sanção penal, a medida de segurança não se submete às causas extintivas da punibilidade; d) A desinternação do agente submetido à medida de segurança será sempre definitiva, extinguindo-se a medida de segurança, sendo precedida de laudo que ateste a cessação da periculosidade; e) É aplicada por tempo indeterminado, especificando-se na sentença o prazo mínimo de sua duração, proibindo-se a realização do exame de cessação da periculosidade antes do decurso do prazo mínimo de internação". **Gabarito: B.**

(FCC – 2015 – TJ-PE – Juiz de Direito) "No que concerne às medidas de segurança, é correto afirmar que: a) a desinternação será sempre condicional, podendo ser restabelecida a situação anterior antes do decurso de um ano; b) a internação só pode ocorrer em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico; c) imposto o tratamento ambulatorial, não é possível posterior determinação de internação; d) a liberação do tratamento ambulatorial é sempre definitiva e leva à extinção da pena; e) a internação deve ser fixada por prazo determinado, entre um e três anos". **Gabarito: A.**

Parte VI

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Capítulo I ▸ Causas extintivas da punibilidade

Capítulo II ▸ Prescrição

Capítulo 1

Causas extintivas da punibilidade

1. INTRODUÇÃO

Praticado um fato típico, ilícito e culpável, caberá ao Estado exercer seu *jus puniendi*, abrindo-se, então, a possibilidade de aplicação da pena. Acontece que, mesmo diante da ocorrência do crime, podem surgir, antes ou após o trânsito em julgado da sentença, causas de extinção do direito de punir. Essas causas não afetam o crime, pois a punibilidade não é requisito deste.

▸ **Importante:**

➢ ***Condições objetivas de punibilidade.*** Em alguns casos, para ocorrer a punibilidade, não basta a prática de um crime e a ausência de alguma causa de extinção da punibilidade, pois é preciso se verificar certas condições objetivas exteriores à conduta, chamadas de *condições objetivas de punibilidade*. Ex.: para que possa ser aplicada a lei penal brasileira a um crime praticado por brasileiro no exterior é preciso que o fato seja punível também no país em que foi praticado (art. 7º, § 2º, *b*, do CP).

Obs.: nos crimes contra a ordem tributária descritos no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, exige-se o lançamento definitivo do crédito tributário para iniciar a persecução penal. Entretanto, existe divergência acerca da natureza jurídica desse lançamento. Orientações: 1ª) constitui elemento normativo do tipo. Com efeito, somente se consumará o crime com o lançamento definitivo; 2ª) trata-se de condição objetiva de punibilidade. A consumação do crime dispensa o lançamento definitivo, mas a pretensão punitiva fica a depender desta condição.

➢ ***Condições negativas de punibilidade (escusas absolutórias).*** São causas vinculadas à especial condição do agente que excluem a punibilidade. O fato não deixa de ser típico, ilícito e culpável, mas exclui-se a pena. Por serem causas pessoais, não se aplicam ao terceiro que concorre para o crime. *Exemplos:* pai que furta o filho (art. 181 do CP); pai que auxilia o filho que cometeu crime a subtrair-se à ação de autoridade pública (art. 348, § 2º, do CP).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Conforme o CP, a decadência, a perempção e o livramento condicional são causas de extinção da punibilidade".

(VUNESP - 2015 - TJ-MS - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Quanto à extinção da punibilidade (...) a punibilidade só se extingue pela morte do agente; pela anistia, graça ou indulto; pela prescrição, decadência ou perempção; pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada e pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite".

(MPF - 24º Concurso - Procurador da República) *Questão discursiva:* "Defina condição objetiva de punibilidade e sua natureza jurídica. Comente a discussão sobre a sua incidência no art. 1º da Lei n. 8.137/90".

O art. 107 do Código Penal prevê várias causas de extinção da punibilidade. Entretanto, **este rol não é taxativo**, mas exemplificativo, sendo que, além destas causas, existem outras, como por exemplo: no peculato culposo, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível (art. 312, § 3º, do CP); se o agente declara ou confessa sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A do CP); término do período de suspensão condicional do processo (art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95); pagamento do tributo (art. 83, § 4º, da Lei nº 9430/96, com redação dada pela Lei nº 12.382/11); cumprimento integral do acordo de não persecução penal (art. 28-A, § 13, do CPP).

▸ **Importante:**

O **STF** (2ª T., RHC 128245, j. 23/08/2016) decidiu que:

- ***Pagamento:*** o pagamento integral do débito previdenciário, ainda que no curso da execução penal, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03.
- ***Parcelamento:*** observados os requisitos legais, ocorre a suspensão da pretensão punitiva do Estado.

Na mesma linha foi decidido pelo **STJ** (5ª T., HC 362.478/SP, j. 14/09/2017). Veja-se: "A questão posta no *habeas corpus* consiste em definir se a quitação do tributo, após o trânsito em julgado da sentença condenatória por crime contra a ordem tributária, obsta a extinção da punibilidade com base no art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003. Com efeito, à época da Lei n. 9.249/1995, esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento de que a admissão do devedor no regime de parcelamento tributário equivaleria ao pagamento, razão pela qual também era considerada causa de extinção da punibilidade. Com a instituição do Programa de Recuperação Fiscal (REFIS) pela Lei n. 9.964/2000, a extinção da punibilidade apenas poderia ser declarada com o pagamento integral do débito tributário, e desde que isto ocorresse antes do recebimento da denúncia, conforme a redação do art. 15, § 3º, da referida legislação. O advento da Lei n. 10.684/2003 resultou na ampliação do lapso temporal durante o qual o adimplemento do débito tributário redundaria na extinção da punibilidade do agente responsável pela redução ou supressão de tributo. Da leitura do art. 9º, § 2º, da lei supracitada, depreende-se que o legislador ordinário não fixou um limite temporal dentro do qual o adimplemento da obrigação tributária e seus acessórios significaria a extinção da punibilidade do agente pela prática da sonegação fiscal, deixando transparecer que, uma vez em dia com o Fisco, o Estado não teria mais interesse em atribuir-lhe uma reprimenda corporal em razão da sonegação verificada. Nessa linha de raciocínio, a doutrina refere-se à interpretação jurisprudencial que vem sendo dada pelos tribunais pátrios à matéria, assinalando que *"como a regra em comento não traz nenhum marco para sua incidência, o pagamento se pode dar a qualquer tempo"* - entendimento

compartilhado, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal (HC 81.929, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 27/2/2004). Portanto, se no histórico das leis que regulamentam o tema o legislador ordinário, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, optou por retirar o marco temporal previsto para o adimplemento da obrigação tributária redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, é vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite, ou seja, dizer o que a Lei não diz, em verdadeira interpretação extensiva não cabível na hipótese, porquanto incompatível com a *ratio* da legislação em apreço" (Informações do inteiro teor – Informativo 611 do STJ).

Ainda: "A simples adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária-RERCT não torna extinta a punibilidade, pois, de acordo com o texto legal, a extinção só ocorre com o pagamento integral do tributo, nos termos do art. 5º, caput, da Lei 13.254/2016, o que não ocorreu na espécie" (STJ, 6ª T., RHC 126853, j. 25/08/2020).

A Lei nº 11.106/05 **revogou** os incisos VII e VIII do art. 107, que previam a extinção da punibilidade nos seguintes casos: "*VII – pelo* ***casamento do agente com a vítima****, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código; VIII –* ***pelo casamento da vítima com terceiro****, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração*". Apesar da revogação, tais disposições aplicam-se aos crimes praticados antes da vigência da nova lei.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2018 – PC-SP – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No que concerne ao art. 107 do CP, que enumera as causas extintivas da punibilidade, trata-se de rol exemplificativo, já que são admitidas pela legislação causas ali não contidas, como, por exemplo, o cumprimento da suspensão condicional do processo".

(FAURGS – 2016 – TJ-RS – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "É taxativo o rol das causas de extinção da punibilidade previsto no artigo 107 do Código Penal".

Nos termos do art. 108 do Código Penal, a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Ex.: caso tenha ocorrido a prescrição em relação à infração penal antecedente ao crime de lavagem de dinheiro, nada impede ocorrer a punição do delito de lavagem. Nesse sentido o art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.613/98: "A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente".

Ainda conforme o art. 108 do CP, nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE - 2020 - MPE-CE - Promotor de Justiça) Com relação às causas extintivas da punibilidade e de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A extinção da punibilidade de crime antecedente não interfere na punibilidade do delito de lavagem de dinheiro".

2. MORTE DO AGENTE

> **CF, art. 5º, XLV** - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Trata-se do princípio da pessoalidade da pena. Com a morte, a sanção penal se resolve (*mors omnia solvit*). Para a maioria da doutrina, resolve-se inclusive a *pena de multa*. No entanto, os efeitos secundários extrapenais da sentença penal condenatória subsistem, de sorte que os herdeiros respondem até o limite da herança.

Questão: a morte extingue a pena restritiva de direitos "perda de bens e valores" (art. 43, II, do CP) aplicada em substituição à pena privativa de liberdade? 1ª) a morte extingue a pena, eis que nenhuma 'pena' (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa) passará da pessoa do condenado. O que pode ser estendido aos sucessores é o efeito secundário extrapenal da sentença condenatória, consistente no 'perdimento de bens adquiridos ilicitamente' (confisco) disposto no art. 92 do CP, que não deve ser confundido com a pena restritiva de direitos 'perda de bens e valores'; 2ª) a morte não extingue a pena, pois a pena restritiva de direitos 'perda de bens e valores' é uma exceção à regra prevista na própria Constituição (nenhuma pena passará da pessoa do condenado).

Comprovação: somente com a certidão do assento de óbito (art. 62 do CPP). Trata-se de aplicação do princípio da prova legal ou tarifada e uma exceção ao sistema de prova do livre convencimento.

▸ **Importante:**

Certidão de óbito falsa. Discute-se se é possível a revogação da decisão (transitada em julgado) que decretou a extinção da punibilidade. Há duas orientações: **1ª)** é possível, pois teve como fundamento fato juridicamente inexistente, não produzindo quaisquer efeitos (STF, 1ª T., HC 104998, j. 14/12/2010; STF, HC 60.095; STF, HC 84.525-8, DJ 3/12/2004; STJ, HC 143.474-SP, j. 06/5/2010); **2ª)** não é possível, por inexistir revisão *pro societate*. No voto vencido proferido no HC 104998/SP, o Ministro Marco Aurélio aduziu "inexistir revisão criminal *pro societate* e que, se o órgão acusador não impugnara o documento falso no momento próprio para tal, restar-lhe-ia apenas eventual propositura de ação criminal para apurar o suposto delito de falsidade ideológica" (Informativo 611 do STF).

Morte presumida: não possui o efeito de extinguir a punibilidade (Damásio, Mirabete). Existe posicionamento doutrinário em contrário (Hungria, Fragoso).

Concurso de pessoas: a extinção da punibilidade do agente que morreu não se estende aos demais concorrentes (partícipes e/ou coautores).

Questões processuais: não impede ação civil por reparação do dano contra os herdeiros (CPP, art. 63); não desautoriza os familiares ajuizarem a revisão criminal (CPP, art. 623).

3. ANISTIA

Conceito: consiste no esquecimento jurídico da infração. A anistia atinge fatos e não pessoas. A competência é do Congresso Nacional (CF, arts. 48, VIII, e 21, XVII). Trata-se de ato do Poder Legislativo de renúncia ao poder-dever de punir em virtude de razões de necessidade ou conveniência política. *Exemplo*: Lei n. 9.639/98, art. 11 ("São anistiados os agentes políticos que tenham sido responsabilizados, sem que fosse atribuição legal sua, pela prática dos crimes previstos nas alíneas d do artigo 95 da Lei nº 8.212 de 1991, e no artigo 86 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960").

Espécies: *própria*: concedida antes do trânsito em julgado; *imprópria*: concedida depois do trânsito em julgado; *especial*: concedida a crimes políticos; *comum*: aplicada a crimes comuns; *geral ou plena*: por descrever fatos, aplica-se a todos os agentes; *condicionada*: é imposta a prática de algum ato como condição para concessão.

Efeitos: possui efeitos *ex tunc*, cessando os *efeitos penais da sentença* condenatória. Não cessam os *efeitos civis da sentença*, como, por exemplo, a obrigação de reparação de dano, permitindo a execução da sentença.

Inaplicabilidade: crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo (art. 5º, XLIII, da CF e art. 2º, I, Lei 8.072/90).

Enunciado 3 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, vinculado ao STJ: "São imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, graça ou indulto crimes que caracterizam graves violações de direitos humanos, praticados por agentes públicos ou particulares, diante da Convenção Americana de Direitos Humanos e da pacífica jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de observância obrigatória por todos os órgãos e poderes do Estado brasileiro".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CETRO – 2017 – TJ-RJ – Titular de Serviços de Notas e de Registros) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A anistia ou cancelamento de infração disciplinar ou criminal de servidor público estadual configura hipótese de aplicação de *abolitio criminis*, estando, portanto, sob competência exclusiva da União para efeito de concessão do benefício, de acordo com o entendimento do STF".

4. GRAÇA E INDULTO

Conceitos: ***a) Indulto ou indulto coletivo:*** consiste em uma forma de clemência. Não diz respeito a fatos como a anistia, mas sim a pessoas; ***b) Graça:*** é um benefício concedido a uma pessoa determinada. Trata-se do chamado indulto individual.

Competência: Presidente da República, por decreto (art. 84, XII, da CF). Pode haver a delegação aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União (art. 84, parágrafo único, da CF).

Formas: *total*: abrange todas as sanções impostas; *parcial*: quando houver redução ou substituição (comutação) da sanção penal.

Efeitos: extingue a pena (efeito principal da condenação). Persistem os efeitos secundários (penais e extrapenais) da sentença penal condenatória irrecorrível (arts. 91 e 92 do CP, por exemplo).

Momento da concessão: em regra, após o trânsito em julgado da sentença, pois se refere à pena imposta. Porém, existe a orientação de que o benefício pode ser aplicado mesmo sem o trânsito em julgado da sentença, mas desde que já transitado em julgado para a acusação.

Inaplicabilidade: crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo (art. 5º, XLIII, da CF e art. 2º, I, Lei 8.072/90). Ressalte-se que uma forma de indulto parcial ou restrito é a chamada *comutação de pena*, na qual ocorre um abatimento da sanção penal. Também não é possível em caso de crimes hediondos ou equiparados.

Indulto Natalino: de acordo com o Decreto nº 10.590, de 24/12/2020, o benefício não abrange, dentre outros, os crimes: I - considerados hediondos ou a eles equiparados, nos termos do disposto na Lei nº 8.072/90; II - previstos: a) na Lei nº 9.455/97; b) na Lei nº 12.850/13; c) na Lei nº 13.260/16; d) no § 12 do art. 129 e nos art. 215, art. 215-A, art. 216-A, art. 218, art. 218-A, art. 312, art. 316, art. 317, art. 318, art. 319, art. 332 e art. 333 do Código Penal; e) nos art. 240, art. 241, art. 241-A, art. 241-B, art. 241-C e art. 241-D da Lei nº 8.069/90 (ECA); f) no art. 1º, *caput*, § 1º e § 2º, da Lei nº 9.613/98; g) nos art. 33, *caput*, § 1º e § 4º, e art. 34 ao art. 37 da Lei nº 11.343/06.

- **Importante:**
  - **Crime cometido antes de ter sido considerado hediondo:**

    STF: "Tratando-se o indulto de ato discricionário do Presidente da República, restrito, portanto, às condições estabelecidas em decreto presidencial, a vedação de sua concessão aos apenados por crimes hediondos, ainda que cometidos antes da vigência das Leis 8.072/1990 e 8.930/1994, não configura violação do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Precedentes. A aferição da natureza do crime, para concessão do indulto, há de se fazer na data da edição do decreto presidencial respectivo, não na do cometimento do delito. Precedentes. 4. *Habeas corpus* extinto sem resolução de mérito" (STF, 1ª T., HC 117938, j. 10/12/2013).

    STJ: "Não dispondo o decreto autorizador de forma contrária, veda-se o indeferimento da comutação de penas aos condenados por crimes inseridos no rol de crimes hediondos, desde que praticados antes da vigência da Lei nº 8.072/1990 (Precedentes)" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 370983, j. 12/02/2019).
  - **Tráfico privilegiado (não é crime hediondo):** "1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do

tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90" (STF, Pleno, HC 118533, j. 23/06/2016). **Na mesma esteira, foi cancelada a Súmula 512 do STJ** ("A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas"). O **Pacote Anticrime** (Lei 13.964/19) inseriu o seguinte parágrafo ao art. 112 da LEP: "§ 5º - Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006".

➢ **Discricionariedade do Presidente da República para a concessão de indulto:** decidindo a ADI 5874, em 29/11/2018, a maioria dos Ministros do STF entendeu que o Presidente da República tem ampla liberdade decisória para extinguir a punibilidade de condenados ou diminuir-lhe os efeitos, devendo observar apenas os limites materiais impostos pela Constituição (impossibilidade de indulto a crimes hediondos e equiparados). Assim, de acordo com o entendimento vencedor, salvo no caso de ofensa evidente a regras constitucionais, o ato de concessão do indulto é imune de controle jurisdicional. Conforme o voto do Ministro Celso de Mello, "O presidente valeu-se estritamente de uma competência que a própria Constituição lhe deu. Registrou-se, sim, ofensa à separação dos Poderes no momento em que esta Corte, substituindo por seus próprios critérios, reescreveu o decreto. O STF não dispõe de competência para formular requisitos objetivos ou estabelecer exclusões em relação ao objeto do indulto presidencial".

Falta grave: conforme a ***Súmula 535 do STJ***, "A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto".

Efeitos da condenação. A **Súmula 631 do STJ** refere que: "O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais".

Enunciado 3 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, vinculado ao STJ: "São imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, graça ou indulto crimes que caracterizam graves violações de direitos humanos, praticados por agentes públicos ou particulares, diante da Convenção Americana de Direitos Humanos e da pacífica jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de observância obrigatória por todos os órgãos e poderes do Estado brasileiro".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2020 – MPE-CE – Promotor de Justiça) De acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O indulto extingue os efeitos penais primários e secundários, penais e não penais, da condenação, exceto para fins de reincidência penal".

(CESPE - 2020 - MPE-CE - Promotor de Justiça) De acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Dada sua natureza hedionda, o delito de tráfico de entorpecentes privilegiado não é passível de indulto".

(CESPE - 2019 - DPE-DF - Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A prática de falta grave não interrompe os prazos para fins de comutação de pena nem para a concessão de indulto, tampouco para obtenção de livramento condicional".

(Inst. Acesso - 2019 - PC-ES - Delegado de Polícia) "A extinção da punibilidade significa o desaparecimento do poder de punir do Estado em relação a fatos definidos como crimes, pela ocorrência de eventos, situações ou acontecimentos determinados na lei como causas de extinção da punibilidade (art. 107, CP)." (SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal Parte Geral. 5ã ed., Florianópolis: Conceito, 2012). Tendo em vista as causas de extinção de punibilidade conhecidas em âmbito de Direito Penal, assinale a alternativa correta com relação ao indulto. a) seus efeitos atingem quaisquer crimes previstos no ordenamento jurídico pátrio. b) o indulto individual ou graça depende exclusivamente, para sua concessão, de pedido provocado por petição do condenado. c) trata-se de benefício concedido exclusivamente pelo Presidente da República por meio de lei delegada. d) pode ser delegado pelo Presidente da República aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Defensor Público-Geral Federal. e) é atribuição privativa do Presidente da República, podendo ser delegada, na forma estabelecida na Constituição Federal, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União. **Gabarito: E.**

(CESPE - 2018 - Polícia Federal - Delegado de Polícia Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Paula, proprietária de uma casa de prostituição, induziu e passou a explorar sexualmente duas garotas de quinze anos de idade. Nessa situação, o crime praticado por Paula é hediondo e, por isso, insuscetível de anistia, graça e indulto".

(CESPE - 2017 - PC-GO - Delegado de Polícia) Foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas: "Graça e indulto somente podem ser concedidos pelo presidente da República, uma vez que tais prerrogativas são insuscetíveis de delegação"; "A punibilidade de qualquer crime pode ser extinta por meio de graça e indulto".

(FUNCAB - 2016 - PC-PA - Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O indulto depende de lei ordinária para sua concessão".

(TRF4 - 2016 - Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Embora, em rigor, o indulto só devesse ser dado - como causa, que é, de extinção de punibilidade - depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se pelo cabimento da concessão do indulto antes de a sentença condenatória transitar em julgado, desde que não mais caiba recurso de apelação".

(CESPE - 2015 - TJ-PB - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Com base na jurisprudência do STJ e nas disposições legais acerca de causas extintivas da punibilidade (...): Mantém-se a punibilidade do condenado mesmo que haja indulto, visto que este benefício não alcança eventual pena de multa imposta concomitantemente à pena privativa de liberdade".

(MP-MA - 2009 - Promotor de Justiça) *Questão discursiva:* "Diferencie indulto e comutação de pena".

(TJ-DF – 2008 – Juiz de Direito) *Questão discursiva:* "Quando tem lugar a concessão do indulto e da graça? Concedidos o indulto e a graça, tem a concessão influência sobre as consequências civis do delito praticado?"

5. *ABOLITIO CRIMINIS*

Conforme art. 2º do CP "*Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória*" (CP, art. 2º). A lei nova (mais benéfica) deixa de considerar o fato como crime. Como exemplo, pode ser citada a Lei nº 11.106/05, que revogou o crime de adultério.

Com a *abolitio criminis* a extinção da punibilidade pode ocorrer mesmo após o trânsito em julgado da sentença. Cessam a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Importante destacar que **não cessam os efeitos extrapenais**, como, por exemplo, a obrigação civil de reparação do dano causado pelo crime (efeito secundário de natureza extrapenal).

Pode ocorrer a revogação formal da lei sem que ocorra a *abolitio criminis*, em razão de inexistir a **descontinuidade normativo-típica**. Como exemplo pode ser citado o crime de atentado violento ao pudor (CP, art. 214). Com o advento da Lei 12.015/09, o art. 214 do CP foi formalmente revogado, mas não o então crime de atentando violento ao pudor, que passou a ser considerado como estupro (CP, art. 213). Ou seja, o fato definido como infração penal não deixou de ser considerado crime. A *abolitio criminis* somente ocorrerá quando não houver, na nova lei, previsão da conduta proibida, ocorrendo uma revogação material e formal da lei.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2017 – PC-GO – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A anistia ou *abolitio criminis* é causa extintiva de punibilidade discutida no âmbito do Poder Legislativo".

(CETRO – 2017 – TJ-RJ – Titular de Serviços de Notas e de Registros) Foram consideradas *incorretas* as seguintes alternativas: "*Abolitio criminis* tem efeito retroativo, atingindo, inclusive, os processos em fase de execução penal e afastando os efeitos civis de reparação do dano causado"; "A revogação do artigo do Código Penal que tratava do delito de atentado violento ao pudor configura *abolitio criminis*, uma vez que a modificação legal posterior não deteve o condão de unificar este tipo penal com o de estupro".

6. DECADÊNCIA

Consiste na perda do direito de propor, mediante **queixa**, ação penal privada ou ação privada subsidiária, ou de oferecer **representação** nos crimes de ação penal pública condicionada, em virtude do decurso do prazo legal.

Não ocorre decadência nos crimes de ação penal pública incondicionada e nos de ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça.

Em regra, no caso de *ação penal privada* e *ação penal pública condicionada à representação*, o prazo será de seis meses, contado do dia em que o ofendido veio a saber quem é o autor do crime (CP, art. 103).

Nos crimes de menor potencial ofensivo, discute-se se o prazo deve ser contado segundo a regra do art. 38 do CPP (dia em que a vítima toma conhecimento da autoria) ou a partir da audiência de conciliação (Lei 9.099/95, art. 75). Segundo STJ, "(...) O prazo decadencial aplicável à hipótese é o comum, previsto no art. 38 do Código de Processo Penal, pelo qual a representação deve ocorrer dentro de 6 (seis) meses, **a contar do dia em que a vítima tem conhecimento da autoria delitiva**" (STJ, Corte Especial, Sd 156, j. 30/06/2008).

Nos casos de ação penal privada subsidiária, o prazo será de 06 (seis) meses, contado do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

Obs.: a decadência, por se tratar de causa de extinção da punibilidade, segue, quanto aos prazos, o art. 10 do CP e não o art. 798, § 1º, do CPP, ou seja, inclui-se no cômputo o primeiro dia.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP - 2015 - TJ-SP - Juiz de Direito) "Em matéria de ação penal, a decadência apresenta diferentes efeitos. Sobre isso, é correto afirmar que: a) condiciona o agir do Ministério Público à condição de procedibilidade do ofendido em face do ofensor; b) na ação penal pública condicionada à representação, impede que a vítima apresente queixa-crime; c) sendo ação penal privada, ataca imediatamente o direito de agir do ofendido, e o Estado perde a pretensão punitiva; d) na ação privada, atinge o direito de o ofendido representar, e este não pode mais agir". **Gabarito: C.**

7. PEREMPÇÃO

Consiste em uma sanção processual imposta ao querelante omisso na ação penal exclusivamente privada, impedindo o seu prosseguimento. Não possui aplicação na ação penal privada subsidiária da pública, haja vista que o Ministério Público pode assumir a titularidade.

Nos termos do **art. 60 do CPP**, tem-se as seguintes hipóteses: I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos; II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36; III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; IV - quando, sendo querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

8. RENÚNCIA

A renúncia é um ato voluntário do ofendido desistindo do direito de propor ação penal privada (CP, art. 104). Pode ser **expressa** (declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais

– CPP, art. 50) ou **tácita** (prática de ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa).

Havendo **concurso de pessoas**, a renúncia em relação a um dos autores do crime **a todos se estenderá** (CPP, art. 49).

Antes da Lei nº 9.099/95 a renúncia era aplicada apenas à ação penal privada. Porém, nos Juizados Especiais Criminais, tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – TJ-RR – Juiz de Direito) "Constituem causas de extinção da punibilidade que se relacionam com a ação penal pública condicionada: a) a perempção e o perdão do ofendido; b) a decadência e a perempção; c) o perdão do ofendido e a composição homologada dos danos civis no juizado especial criminal; d) a decadência e o perdão do ofendido; e) a composição homologada dos danos civis no juizado especial criminal e a decadência". **Gabarito: E.**

9. PERDÃO ACEITO OU PERDÃO DO OFENDIDO

Trata-se de um ato voluntário do ofendido que visa a obstar o prosseguimento da ação penal privada (CP, art. 105). Pode ser expresso ou tácito, e concedido dentro ou fora do processo. Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação (CP, art. 106, § 1º).

▸ **Importante**

Pode haver recusa do querelado, tratando-se, assim, de **ato bilateral**. Por isso, o que extingue a punibilidade não é o perdão, mas o **perdão aceito.**

O perdão deve ser exercido após a propositura da ação penal privada, mas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (CP, art. 106, § 2º).

No caso de concurso de pessoas, se o ofendido concedê-lo a qualquer um dos autores (querelados), a todos os outros se estenderá (CP, 106, I).

No caso de haver ofensa a mais de uma pessoa, se um dos ofendidos conceder o perdão, não prejudicará o direito dos outros (CP, 106, II).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-RS – 2017 – Promotor de Justiça) Deoclécio foi vítima de furto de um par de tênis, em 15 de janeiro de 2016, data em que tomou conhecimento que o autor do crime era Hermenegildo. O Promotor de Justiça teve vista do inquérito policial em 1º de março de 2016, uma terça-feira. Tratando-se de indiciado solto, o prazo para o Promotor de Justiça manifestar-se encerrou em 16 de março de 2016, uma quarta-feira. Como o Promotor de Justiça permanecia sem manifestar-se nos autos do inquérito, em 08 de setembro de 2016, 6 meses e sete dias após o fato, Deoclécio ajuíza Queixa-Crime (ação penal privada subsidiária da pública) contra Hermenegildo, imputando-lhe a prática de furto. No curso da instrução são indiscutivelmente provadas a materiali-

dade e a autoria do crime que recai sobre Hermenegildo. Em alegações finais, Deoclécio, por seu advogado munido de procuração com poderes especiais para tanto, concede perdão ao querelado, invocando o art. 58 do Código de Processo Penal que diz: "Concedido o perdão, mediante declaração expressa nos autos, o querelado será intimado a dizer, dentro de três dias, se o aceita, devendo, ao mesmo tempo, ser cientificado de que o seu silêncio importará aceitação.". Também em alegações finais, Hermenegildo aceita o perdão oferecido. Com base nesses dados fáticos, assinale a alternativa correta.

a) Hermenegildo decaiu do direito de queixa, eis que entre a data do fato, momento que tomou conhecimento da autoria, e o oferecimento da queixa-crime transcorreram mais de 6 meses.

b) Hermenegildo decaiu do direito de queixa, eis que entre a data da vista ao Promotor de Justiça e o oferecimento da queixa-crime transcorreram mais de 6 meses.

c) Como a ação é privada, aceito o perdão o juiz julgará extinta a punibilidade.

d) Não é admissível o perdão dada a natureza do crime.

e) O perdão é ato personalíssimo e, portanto, não pode ser concedido através de advogado, mesmo com procuração.

Gabarito: D.

(VUNESP – 2015 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Quanto à extinção da punibilidade (...) o perdão expresso ou tácito concedido pelo ofendido a um dos querelados não pode ser aproveitado pelos demais na hipótese de ofensa conjunta por mais de um agente".

(FCC – 2011 – TCE-SP – Procurador do Ministério Público) "O perdão do ofendido: a) não é admissível fora do processo; b) não aproveita aos demais querelados, se concedido; c) é admissível mesmo depois de passar em julgado a sentença condenatória; d) não produz efeito, se o querelado o recusa; e) prejudica o direito dos outros, se concedido apenas por um dos ofendidos". **Gabarito: D.**

10. RETRATAÇÃO

Retratar é o ato de retirar o que foi dito. Como se trata de ato pessoal, a retratação realizada por um dos querelados não se aplica aos demais. A retratação deve ser irrestrita e incondicional, e não deve ser confundida com a "retratação da representação nas ações penais públicas condicionadas".

O CP prevê a retratação nos crimes de calúnia e difamação (art. 143) e no crime de falso testemunho ou falsa perícia (art. 342, § 2º).

A Lei nº 13.188/15 acrescentou o parágrafo único ao art. 143 do Código Penal com a seguinte redação: "Nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-PR – 2017 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No Código Penal, a retratação do agente é admissível a crimes de ação penal privada, como a calúnia (CP, art. 138) e a difamação (CP, art. 139), mas não é admissível a crimes de ação penal pública incondicionada".

(FCC – 2015 – TRT23 – Juiz do Trabalho) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Haverá extinção da punibilidade pela abolitio criminis se João se retratar após o trânsito em julgado da sentença no processo em que ocorreu o falso testemunho".

11. PERDÃO JUDICIAL

Conceito: consiste na possibilidade de o juiz deixar de aplicar a sanção penal ao autor do crime se evidenciadas certas circunstâncias.

Algumas hipóteses: CP, arts. 121, § 5º; 129, § 8º; 140, § 1º, I e II; 176, parágrafo único; 180, § 5º; 242, parágrafo único; 249, § 2º.

Natureza jurídica da sentença. Existem diversas orientações, a saber:

- Sentença declaratória de extinção da punibilidade (Súmula 18 do STJ) – posição preferida nos concursos públicos.
- Sentença condenatória sem efeito de reincidência (CP, art. 120).
- Sentença absolutória.

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2020 – MPE-CE – Promotor de Justiça) Com relação às causas extintivas da punibilidade e de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A sentença que concede o perdão judicial afasta os efeitos penais da sentença penal condenatória, exceto para fins de reincidência".

(FCC – 2015 – TCE-AM – Auditor) "O perdão judicial tem natureza jurídica de: a) causa de exclusão de culpabilidade; b) causa extintiva da punibilidade; c) efeito da sentença penal; d) desistência voluntária; e) efeito civil da sentença penal". **Gabarito: B.**

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Com base na jurisprudência do STJ e nas disposições legais acerca de causas extintivas da punibilidade (...): A sentença concessiva do perdão judicial obsta o cumprimento de pena privativa de liberdade, mas não extingue a punibilidade do réu".

(VUNESP – 2015 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Quanto à extinção da punibilidade (...) a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência".

Capítulo II

Prescrição

1. INTRODUÇÃO

1.1. Conceito

Prescrição é a **perda do direito de punir do Estado** em virtude de não ter sido exercido dentro do prazo legal, ou seja, diante da **inércia doente estatal**, ocorre a extinção da punibilidade. Isto quer dizer que o Estado possui um limite temporal para exercer seu direito de punir, sob pena de vir a perdê-lo, salvo nos casos de imprescritibilidade.

1.2. Fundamentos

Os fundamentos da prescrição surgiram sob vários prismas político-criminais, tais como: o desaparecimento dos efeitos do crime para a sociedade; a presunção de bom comportamento do agente; desproporcionalidade na punição depois de haver negligência estatal.

1.3. Natureza jurídica

Predomina o entendimento de ser a prescrição um **instituto de Direito Penal (trata-se de uma causa de extinção da punibilidade)**. Assim, para fins de cômputo do prazo prescricional, aplica-se a regra do art. 10 do Código Penal.

Por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição deve ser conhecida e declarada em qualquer fase do processo, inclusive de ofício.

1.4. Imprescritibilidade

1.4.1. *Hipóteses constitucionais*

Apesar dos razoáveis fundamentos que legitimam a prescrição e de a nova parte geral do Código Penal (1984) não dispor de nenhum caso de imprescritibilidade, dois crimes foram considerados **imprescritíveis** pela Constituição Federal de 1988:

1) *CF, art. 5º, XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.*

2) *CF, art. 5º, XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.*

INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CP)

- Decidiu o STJ: "Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, com o advento da Lei n. 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão" (6ª T., AgRg no AREsp 734236, j. 27/02/2018). No mesmo sentido: STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1849696, j. 16/06/2020.
- Assim, segundo o STJ, há de se considerar também imprescritível a injúria racial.

Impende frisar que predomina na doutrina a proibição implícita da possibilidade de o legislador infraconstitucional criar novas hipóteses de imprescritibilidade penal. O mais forte argumento consiste no fato de que a prescrição seria um direito fundamental, uma vez que, se o art. 5º dispôs acerca das duas exceções, teria confirmado, a *contrario sensu*, a regra da prescritibilidade. Ademais, segundo art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração do processo* e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Observações:

- A Constituição Federal não dispôs que os crimes hediondos são imprescritíveis.
- De acordo com o **Enunciado 3 da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, vinculado ao STJ**, "São imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, graça ou indulto crimes que caracterizam graves violações de direitos humanos, praticados por agentes públicos ou particulares, diante da Convenção Americana de Direitos Humanos e da pacífica jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de observância obrigatória por todos os órgãos e poderes do Estado brasileiro".

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(CESPE – 2019 – MP-PI – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Os crimes hediondos, a tortura, o tráfico de drogas e o racismo são imprescritíveis".

(FCC – 2018 – DPE-AM – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O crime de tráfico de drogas por ser equiparado a hediondo é imprescritível".

1.4.2. Tortura

Não constou no texto constitucional o crime de tortura como sendo imprescritível. Desse modo, os tipos penais previstos na Lei nº 9.455/97 são prescritíveis.

A nosso sentir, a Constituição não impede que o legislador infraconstitucional crie novas hipóteses de imprescritibilidade (vide STF, RE 460971). Contudo, a Lei

nº 9.455/97, que define os crimes de tortura, foi omissa, de sorte que prevalece a regra constitucional (prescritibilidade).

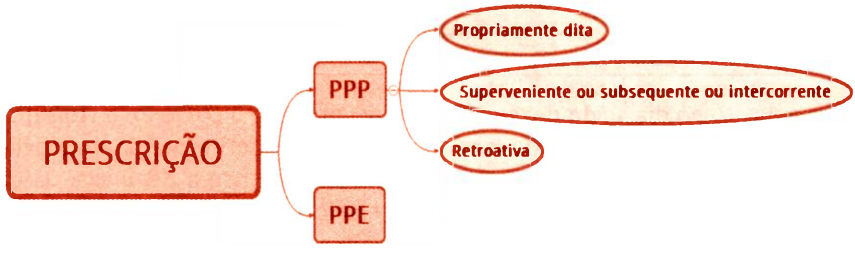
Obs.: para os efeitos do Estatuto de Roma, entende-se por **crime contra a humanidade** "qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: ... f) Tortura" (art. 7º). Os crimes previstos no Estatuto de Roma são imprescritíveis (art. 29).

Sobre o tema, vide Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil (Sentença de 24 de novembro de 2010) da Corte Interamericana de Direitos Humanos (http://www.corteidh.or.cr/index.cfm). Eis a conclusão do caso:

> "30. (...) a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade. 31. É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas".

2. ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

No período compreendido entre a data da consumação do crime (em regra) e antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória pode ocorrer a **prescrição da pretensão punitiva**, ao passo que, com o trânsito em julgado para as partes em diante, poderá ocorrer a **prescrição da pretensão executória**.



A **prescrição da pretensão punitiva (PPP)** é a uma forma de prescrição que ocorre antes de transitar em julgado a sentença condenatória (art. 109). Mesmo havendo condenação, tem o condão de **excluir os efeitos principais e secundários (penais e extrapenais)** de eventual sentença penal condenatória. A PPP

possui três espécies: a) prescrição propriamente dita; b) prescrição retroativa; c) prescrição superveniente/intercorrente/subsequente.

Por outro lado, a **prescrição da pretensão executória (PPE)** ocorre depois de transitar em julgado sentença final condenatória (art. 110, *caput*). A PPE **exclui apenas o efeito principal** da sentença condenatória, qual seja, a sanção penal. Regula-se pela *pena aplicada* e de acordo com os prazos fixados no art. 109 do CP, os quais se aumentam de um terço se o condenado é reincidente.

Questão: 'A' foi condenado, mas foi extinta a punibilidade pela prescrição. Pergunta-se: se 'A' praticar novo crime será considerado reincidente? Resposta: depende. Se a condenação não transitou em julgado, significa que ocorreu a PPP, a qual exclui todos os efeitos da condenação. A sentença que não transitar em julgado não será considerada para efeitos de reincidência. Caso a sentença tenha transitado em julgado, verifica-se a PPE, que possui o condão de afastar apenas o efeito principal da condenação (pena), persistindo os efeitos secundários, como a possibilidade de gerar reincidência.

3. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA PROPRIAMENTE DITA

3.1. Sistemática

Antes da sentença condenatória transitada em julgado não se tem a pena definitiva, de sorte que a prescrição, nos termos do art. 109 do CP, deve ser regulada pela **pena máxima cominada ao delito** (prescrição da pretensão punitiva *propriamente dita*), uma vez que, em tese, essa pena poderá ser aplicada na sentença.

Nos termos da nova redação do art. 109 do CP, vejamos:

Prazo prescricional	Pena
20 anos	+ de 12 anos
16 anos	+ de 8 anos a 12 anos
12 anos	+ de 4 anos a 8 anos
08 anos	+ de 2 anos a 4 anos
04 anos	= 1 ano a 2 anos
03 anos	- de 1 ano

Exemplo: 'A', no dia 10 de dezembro de 2005, praticou o crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*). No dia 15 de janeiro de 2014 o inquérito policial foi enviado ao Ministério Público para que, se fosse o caso, oferecesse a denúncia. Da data da consumação do crime (termo inicial da prescrição - art. 111) até a remessa do inquérito ao Ministério Público já transcorreu um período superior a 8 anos, o que impossibilita o Ministério Público de oferecer a denúncia. Isto porque a pena máxima abstrata para o crime de furto simples é de 4 anos, de sorte que o prazo prescricional será de 8 anos (CP, art. 109, inciso IV). Ocorreu, assim, a prescrição da pretensão punitiva *propriamente dita* (regulada pela pena máxima prevista no preceito secundário do tipo).

Registre-se, porém, que o CP prevê causas de interrupção (art. 117) e suspensão (art. 116) da prescrição, conforme explicação adiante, bem como hipótese de redução do prazo prescricional (CP, art. 115).

▸ **Atenção:**

➢ O inciso VI do art. 109 teve nova redação pela Lei nº 12.234, de 05 de maio de 2010. Antes da alteração, a prescrição ocorria em **2 anos** se o máximo da pena fosse inferior a 1 ano. Agora, a prescrição ocorre em **3 anos**. Por se tratar de lei penal mais severa, não se aplica aos fatos praticados antes de sua vigência.

➢ O prazo prescricional do crime de posse de droga para consumo pessoal é de **2 anos.** Nesse sentido o art. 30 da Lei 11.343/06: "Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal".

➢ **Falta disciplinar prevista na LEP:** "As Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmaram o entendimento de que, em razão da ausência de legislação específica, a prescrição da pretensão de se apurar falta disciplinar, cometida no curso da execução penal, deve ser regulada, por analogia, pelo prazo do art. 109 do Código Penal, com a incidência do menor lapso previsto, atualmente de **três anos**, conforme dispõe o inciso VI do aludido artigo" (STJ, 5ª T., HC 527625, j.12/11/2019).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A prescrição da pretensão punitiva ocorre em 12 (doze) anos, se o máximo da pena for superior a 04 (quatro) e não exceder a 08 (oito)".

(MP-SP – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Consoante o Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva pela pena in abstrato é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se nos prazos previstos no artigo 109, podendo ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa, independentemente do que dispõe o § 1º do artigo 110, com a redação trazida pela Lei nº 12.234/2010".

(MP-PR – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Prescrevem em dois anos a imposição e a execução das penas previstas para quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

(FCC – 2017 – DPE-SC – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O menor prazo prescricional do direito brasileiro é de três anos".

(FUNDATEC – 2015 – PGE-RS – Procurador do Estado) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Para todos os crimes cuja pena seja inferior a 1 (um) ano, independentemente de quando praticados, a prescrição em abstrato é em 3 (três) anos".

3.2. Regras para o cálculo do prazo prescricional

No caso de *prescrição da pretensão punitiva propriamente dita* devem ser consideradas as seguintes regras para verificação da pena máxima abstrata:

*a) **Causas de aumento ou de diminuição de pena (3ª fase de aplicação da pena):*** são consideradas para o cálculo do prazo prescricional, uma vez

que as causas de aumento podem elevar a pena cominada acima do limite legal, e as causas de diminuição podem deixar a pena abaixo do mínimo previsto.

- Nas **causas de aumento de quantidade variável**, incide o percentual de maior elevação. Ex.: o crime de roubo (art. 157 do CP) tem pena de 4 a 10 anos e multa. Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca (majorante incluída pelo Pacote Anticrime - inciso VII do § 2º do artigo 157), a pena é aumentada de 1/3 até metade. Assim, a PPP propriamente dita será calculada sobre a pena de 15 anos (10 + metade).
- Nas **causas de diminuição de quantidade variável**, incide o percentual de menor redução. Ex.: o crime de violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP) tem pena de 2 a 6 anos. Se o agente for considerado semi-imputável, a pena poderá ser diminuída de um terço a dois terços (art. 26, parágrafo único, do CP). Assim, a PPP propriamente dita será calculada sobre a pena de 4 anos (6 - um terço).

b) Tentativa (art. 14, II, e parágrafo único): a tentativa é uma causa de diminuição de pena (1/3 a 2/3). Deve ser considerada para o cálculo do prazo de *prescrição propriamente dita*. No cálculo da pena máxima deve ser considerada a **redução mínima (1/3)**, pois assim chegaremos ao máximo da pena abstrata. *Exemplo*: o crime de estelionato (art. 171, *caput*) comina pena máxima de 5 anos. No caso de crime consumado, a prescrição ocorrerá em 12 anos, considerando a pena máxima. Na hipótese de tentativa, deverá haver redução de 1/3, caso em que a pena máxima será de 3 anos e 4 meses. Assim, a prescrição pela pena abstrata ocorrerá em 8 anos.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto) No tocante à tentativa, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O cálculo da prescrição em abstrato é regulado pelo máximo da pena cominada ao delito imputado, menos dois terços".

c) Concurso de crimes (concurso material, concurso formal e crime continuado): a prescrição atinge a pretensão punitiva em relação a cada delito isoladamente, de sorte que a soma ou o aumento das penas não são considerados para o cálculo do prazo prescricional (**art. 119**). No mesmo sentido: "Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação" (**Súmula 497 do STF**).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MG – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "As causas de aumento e de diminuição de pena influenciam no cálculo da prescrição, que deverá ser feito considerando o percentual de maior elevação, nas hipóteses de causas de aumento de pena de quantidade variável, e o de menor redução, nas hipóteses de causas de diminuição de pena de quantidade variável".

(CESPE – 2019 – TJ-BA – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A prescrição é regulada pela pena total imposta nos casos de crimes continuados, sendo computado o acréscimo decorrente da continuação".

(FCC – 2018 – DPE-AM – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Em caso de concurso material de crimes, o cálculo prescricional incide sobre a soma das penas".

(TRF2 – 2017 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No concurso de crimes, o cálculo da prescrição da pretensão punitiva considera o acréscimo decorrente do concurso formal, material ou da continuidade delitiva".

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No caso de concurso de crimes, as penas se somam para fins de prescrição".

(FCC – 2011 – TJ-PE – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "As causas de aumento ou de diminuição, com exceção do concurso material, do concurso formal e do crime continuado, devem ser computadas no prazo prescricional".

d) ***Qualificadoras:*** são consideradas para o cálculo do prazo prescricional, tendo em vista que possuem pena autônoma, distinta e superior da pena cominada no tipo básico.

e) ***Agravantes e atenuantes (2ª fase na aplicação da pena)***: não interferem no prazo prescricional da *prescrição propriamente dita*, uma vez que não alteram o limite da pena abstrata. Ressalte-se que as circunstâncias previstas no **art. 115 do Código Penal** (menor de 21 anos ao tempo do crime e maior de 70 anos na data da sentença) possuem o efeito de reduzir a prescrição pela metade (conforme item 7).

f) ***Condenado reincidente e aumento do prazo prescricional:*** "A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente" (art. 110, *caput*, do CP). Verifica-se que, em relação à PPE (prescrição da prescrição executória), a reincidência aumenta de um terço o prazo prescricional. Por outro lado, "A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva" (**Súmula 220 do STJ**).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2020 – MPE-CE – Promotor de Justiça) Com relação às causas extintivas de punibilidade e de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A reincidência penal implica o aumento, em um terço, do prazo da prescrição da pretensão punitiva".

(MP-SP – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A reincidência é causa interruptiva apenas da prescrição da pretensão executória".

(FUNCAB – 2016 – PC-PA – Delegado de Polícia) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O prazo de prescrição da pretensão executória é aumentado em um terço quando o condenado é reincidente".

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O prazo da prescrição da pretensão executória regula-se pela pena aplicada na sentença, aumentado de um terço, se o condenado for reincidente".

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva, mas impõe a majoração do lapso prescricional no que se refere à prescrição executória".

(CESPE – 2015 – TRF5 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O CP preconiza de forma expressa que o prazo da prescrição da pretensão punitiva deve ser aumentado em um terço se houver reincidência".

3.3. Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final

A prescrição da pretensão punitiva ocorre entre um **termo inicial** e antes do trânsito em julgado. Entretanto, a lei penal dispõe sobre *causas interruptivas* (reinicia a contagem) e *causas suspensivas* (para e recomeça a contagem considerando o prazo anteriormente corrido) do prazo prescricional.

O termo inicial consta do art. 111 do CP. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I – Do dia em que o crime se consumou.

Nos termos do art. 14, I, do CP, *diz-se o crime consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal. Exemplos:* o crime de homicídio se consuma com a morte da vítima; o estelionato com a obtenção da vantagem ilícita em prejuízo alheio.

Deve ser observado que o tempo do crime (CP, art. 4º) é diferente do momento da consumação do crime (CP, art. 14, I). Em relação ao tempo do crime, o Código Penal adotou a teoria da atividade, ao passo que para o início do prazo prescricional leva-se em consideração o dia da consumação **(teoria do resultado)**, que pode ser distinto do dia da conduta.

Nos **crimes contra a ordem tributária** previstos no art. 1º, I a IV, da lei 8137/90, não se inicia o prazo prescricional enquanto não houver a constituição definitiva do crédito tributário. Segundo a **Súmula Vinculante 24 do STF**, "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo". A propósito: "II – A análise da prescrição dos crimes materiais contra a ordem tributária deve se dar à luz da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: "não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo". Desse modo, nos termos do art. 111, do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva somente tem seu início com a constituição definitiva do crédito, momento em que se consuma o delito. III – Constituindo a súmula vinculante n. 24 mera consolidação de remansosa interpretação judicial, tem aplicação aos fatos ocorridos anteriormente à sua edição" (STJ, 3ª Seção, EREsp 1318662, j. 28/11/2018). Idem: "Considerando que o delito imputado ao recorrente é de natureza material (art. 1º da Lei 8.137/90), impõe-se

a análise da prescrição alegada à luz da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal - STF que dispõe: 'Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo'. Dessa forma e de acordo com o art. 111, I do Código Penal - CP, a prescrição da pretensão punitiva iniciar-se-á com a própria constituição definitiva do crédito, após o encerramento processo administrativo de lançamento previsto no art. 142 do CTN" (STJ, 5ª T., AgRg no AgRg no AREsp 1543747, j. 19/05/2020).

Diverge-se sobre a NATUREZA JURÍDICA DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO:

- 1ª posição: É elemento normativo do tipo;
- 2ª posição: É condição objetiva de punibilidade necessária à pretensão punitiva.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – TJ-RR – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Em relação às fases de execução do crime, pode-se assegurar que (...) não se tipifica crime formal contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I e IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo, segundo entendimento sumulado".

II – No caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa.

Conforme art. 14, II, do Código Penal, *diz-se o crime tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente*. Inicia-se a prescrição no momento em que a execução do crime é interrompida (no caso de tentativa imperfeita), ou depois de esgotada a fase executória (na hipótese de tentativa perfeita/crime falho).

III – Nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência.

Nos crimes permanentes a consumação se prolonga no tempo em face de o agente persistir com sua conduta típica e ilícita. No caso, a prescrição somente se iniciará no dia em que o agente cessar essa conduta. Ex.: no crime de sequestro, o prazo prescricional somente se iniciará quando a vítima for libertada.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A contagem da prescrição dos crimes permanentes, antes de transitar a sentença final, inicia-se a partir do dia em que o primeiro ato de execução foi efetivado".

ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO (ART. 171, § 3º, DO CP)

De acordo com o STF, o **estelionato previdenciário tem natureza binária**. Isso porque "é de se distinguir aquele que, em interesse próprio, recebe o benefício ilicitamente daquele que comete uma falsidade para permitir que outrem obtenha a vantagem indevida. No primeiro caso, a conduta, a despeito de produzir efeitos permanentes no tocante ao beneficiário da indevida vantagem, materializa, instantaneamente, os elementos do tipo

penal. Já naquelas situações em que a conduta é cometida pelo próprio beneficiário e renovada mensalmente, o crime assume a natureza permanente, dado que, para além de o delito se protrair no tempo, o agente tem o poder de, a qualquer tempo, fazer cessar a ação delitiva" (STF, 2ª T., ARE 663735 AgR/ES, j. 07/02/2012). No mesmo sentido: "1. O STJ entende que o estelionato praticado contra o INSS, na circunstância de intermediação realizada por terceiros para concessão irregular de benefícios, é considerado **crime instantâneo de efeitos permanentes**. Precedente. (...) 3. Deve ser considerado **crime permanente** o estelionato previdenciário praticado pelo terceiro intermediador da fraude, quando este se locupleta, em maior proporção do que o titular formal do benefício, de todos os recebimentos indevidos" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1860685, j. 16/06/2020).

Assim:

- **Estelionato previdenciário praticado pelo próprio beneficiário:** é crime permanente. A prescrição tem início com a cessação da permanência (CP, art. 111, III), ou seja, com a cessação do recebimento do benefício previdenciário. Nesse sentido: "A 3ª Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.206.105/RJ, firmou a orientação de que o crime de estelionato previdenciário, quando praticado por quem aufere o benefício indevido, tem natureza permanente, uma vez que a ofensa ao bem jurídico tutelado é reiterada, mês a mês, enquanto não há a descoberta da fraude, sendo que o termo inicial do prazo prescricional se dá com o último recebimento indevido da remuneração" (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 462.655, j. 12/09/2017). Idem: "O estelionato previdenciário quando classificado como crime permanente tem o prazo inicial contado a partir do **último recebimento** indevido (consumação) ..." (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1860685, j. 16/06/2020).
- **Estelionato previdenciário praticado por terceiros que não o próprio beneficiário:** é delito instantâneo de efeitos permanentes. A prescrição tem início no dia em que o crime se consumou (CP, art. 111, I), ou seja, no momento do pagamento da **primeira prestação** do benefício indevido. Nesse sentido: "A jurisprudência desta Corte tem entendido que o crime de estelionato previdenciário praticado para que terceira pessoa possa se beneficiar indevidamente da fraude tem natureza de crime instantâneo com efeitos permanentes, devendo ser contado o prazo prescricional a partir do recebimento da primeira prestação do benefício indevido" (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 1203461, j. 05/04/2018).

Obs.: nos **crimes habituais** o prazo prescricional inicia-se ao cessar a atividade criminosa e não na data da consumação.

IV - Nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

Se o fato ainda não se tornou conhecido pelo Estado não há que se falar em inércia de sua parte. Esse conhecimento se refere às autoridades públicas que possuam atribuição para agir, como o membro do Ministério Público, o Juiz de Direito ou a autoridade policial.

V - Nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

O inciso V foi acrescentado pela Lei n.º 12.650/12. Trata-se de importante providência tomada pelo legislador, especialmente diante das peculiaridades

dos casos envolvendo violência sexual contra menores de 18 anos, que muitas vezes deixam de revelar o fato em face da proximidade que têm com o agressor (pai, padrasto, tio etc.). Posterga-se, agora, o termo inicial da contagem do prazo prescricional para o momento em que a vítima atingir a maioridade civil, e tiver condições, ela mesma, de tomar providências para buscar a responsabilização do autor.

Como se trata de lei nova mais severa, não poderá retroagir para prejudicar o réu.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2017 – DPE-SC – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "No estupro de vulnerável o termo inicial da prescrição da executória punitiva começa a correr da data em que a vítima completar dezoito anos".

3.4. Causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva

Com a interrupção da prescrição, o prazo recomeça a correr integralmente do dia da interrupção.

Nos termos do Código Penal, ocorre a **interrupção** da prescrição da pretensão punitiva: I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II – pela pronúncia; III – pela decisão confirmatória da pronúncia; IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

Obs.: os incisos V (início ou continuação do cumprimento da pena) e VI (reincidência) do art. 117 do CP se referem a causas interruptivas da prescrição da pretensão executória.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A reincidência do agente interrompe o prazo da prescrição da pretensão punitiva".

(CESPE – 2016 – PC-PE – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A reincidência penal caracteriza causa interruptiva do prazo da prescrição da pretensão punitiva".

3.4.1. *Recebimento da denúncia ou da queixa*

3.4.1.1. *Disposições gerais*

O recebimento é contado da data em que o escrivão recebe os autos de processo com o despacho de recebimento da denúncia ou da queixa. Caso o processo seja eletrônico, da data em que o despacho consta como lançado no sistema.

O recebimento da denúncia pode ser implícito (ou tácito). Ocorre quando o juiz pratica ato que demonstre o impulso oficial. Vejamos: "1. A decisão que recebe a denúncia possui natureza interlocutória e emite juízo de mera prelibação. 2. É assente na jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que se trata de ato que dispensa maior fundamentação, não se subsumindo à norma insculpida no art. 93, inciso IX, da Constituição

da República. Assim, admite-se, inclusive, o recebimento tácito ou implícito da denúncia, justamente diante da ausência de formalidade que o ordenamento jurídico empresta ao ato judicial em questão. 3. A prática pelo magistrado de atos inerentes ao prosseguimento do feito compatíveis com o recebimento da denúncia afigura-se suficiente a ter por recebida a peça acusatória. Por consequência, não se reputando nulo ou inexistente o recebimento da denúncia, não há razão para afastar sua característica de marco interruptivo do prazo prescricional" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1450363, j. 20/06/2017). No mesmo sentido: STJ, 6ª T., RHC 113973, j. 03/03/2020.

Na hipótese de o recebimento da denúncia ocorrer por decisão de Tribunal, como, por exemplo, em julgamento de recurso que não recebeu a denúncia, o termo inicial da prescrição será a data da sessão de julgamento que a recebeu e não da publicação do acórdão.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – MP-PI – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O oferecimento da denúncia interrompe a prescrição; nos casos de crimes conexos que sejam objeto de um mesmo processo, a interrupção incidirá considerando-se a pena de cada crime isoladamente".

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O oferecimento da denúncia ou queixa é causa interruptiva da prescrição".

(VUNESP – 2015 – TJ-MS – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Quanto à extinção da punibilidade (...) o curso da prescrição interrompe-se com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público".

3.4.1.2. Recebimento da denúncia nos termos da Lei 11.719/08

Os arts. 396 e 399 do CPP, com a péssima redação dada pela Lei nº 11.719/08, deixaram confuso o momento em que o juiz receberá a denúncia: se ao determinar a citação do acusado para responder à acusação (art. 396); ou se após a resposta (art. 399). Vejamos:

> Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, **recebê-la-á** e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.
>
> Art. 399. **Recebida** a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

A doutrina diverge sobre o tema e existem posições em ambos os sentidos. Para o STJ: "De acordo com a melhor doutrina, após a reforma legislativa operada pela Lei nº 11.719/08, o momento adequado ao recebimento da denúncia é o imediato ao oferecimento da acusação e anterior à apresentação de resposta à acusação, nos termos do art. 396 do Código de Processo Penal, razão pela qual tem-se como este o marco interruptivo prescricional previsto no art. 117, inciso I, do Código Penal para efeitos de contagem do lapso temporal da prescrição da pretensão punitiva estatal" (STJ, 5ª T., RHC 27.571, j. 13/11/2012). Idem: STJ, 5ª T., HC 144.104, j. 25/05/2010.

3.4.1.3. Recebimento do aditamento à denúncia

O **recebimento do aditamento à denúncia**, por si só, não configura causa de interrupção da prescrição por ausência de previsão legal. Exemplo de aditamento: suprir erros ou omissões (nesse sentido: STF, HC 84606).

Entretanto, o recebimento do aditamento será marco interruptivo da prescrição quando houver alteração substancial dos fatos anteriormente narrados denúncia, passando a descrever novo fato criminoso ou quando incluir nove réu. A propósito: "Pacificou-se o entendimento de que o acolhimento do aditamento à denúncia somente tem o condão de interromper o prazo prescricional quando nele ocorre a modificação substancial dos fatos. No caso dos autos, verifica-se que no aditamento não houve a simples atribuição de definição jurídica diversa aos fatos que já se encontravam explicitados na denúncia anteriormente oferecida, tendo o membro da acusação descrito nova conduta, com elementares completamente diversas das contidas na anteriormente narrada, tanto que o procedimento do artigo 384 do Código de Processo Penal foi o adotado, razão pela qual o seu recebimento configura novo marco interruptivo do prazo prescricional" (STJ, 5ª T., RHC 72.664, j. 12/09/2017). Idem: "1. O aditamento à denúncia, segundo pacífico entendimento desta Corte, só interrompe o prazo prescricional quando há modificação substancial na peça vestibular, com a inclusão de fatos novos ou outros réus. 2. Restringindo-se o aditamento a dar ao fato nova definição jurídica, sem que tenha ocorrido modificação substancial, não se interrompe o lapso prescricional" (STJ, 6ª T., HC 229.449, j. 21/08/2012); "O recebimento do aditamento da denúncia que traz modificação fática substancial enseja a interrupção da prescrição" (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 1350483, j. 27/10/2020).

Obs.: no caso de inclusão de corréu, entendemos que a interrupção pelo recebimento do aditamento da denúncia comunica-se aos demais anteriormente denunciados, conforme regra expressa no art. 117, § 1º, do CP. A propósito: "Cuidando-se de aditamento para incluir novos crimes aos corréus, tem-se que o recebimento da referida peça é marco interruptivo para todos os denunciados, com relação a todos os crimes, nos termos do que consta do art. 117, § 1º, do Código Penal. Nesse encadeamento de ideias, não há se falar em prescrição, porquanto não implementado o lapso, entre o recebimento do aditamento à denúncia e a publicação da sentença condenatória, necessário ao reconhecimento da extinção da punibilidade" (STJ, 5ª T., HC 414685, j. 20/02/2018). Em sentido contrário, sustenta Bitencourt que "a inclusão de novo réu, em aditamento, não interrompe a prescrição em relação aos demais".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MG – 2010 – 50º Concurso – Promotor de Justiça) *Prova discursiva:* "A decisão que recebe o aditamento da denúncia interrompe a prescrição?"

(TRF3 – 14º Concurso – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O aditamento à denúncia será causa interruptiva da prescrição se contiver um novo fato delituoso, mas exclusivamente com relação a este".

Importante:

- ***Emendatio libelli.*** No caso de novo enquadramento típico (sem modificar a descrição do fato contida na denúncia), a prescrição deve ser regulada pela capitulação que corresponde ao fato descrito na denúncia, e não aquela errônea. *Exemplo:* o promotor descreve na denúncia que alguém obteve, mediante fraude, vantagem ilícita em prejuízo alheio (fato que se amolda ao tipo do art. 171 do CP) e capitula esse comportamento como apropriação indébita. No HC nº 77928 o STF decidiu que "É pacífica, aliás, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o prazo prescricional se calcula conforme a classificação que se deva dar aos fatos imputados ao réu na denúncia, e não segundo aquela, eventualmente incorreta, que nela se contenha".
- ***Mutatio libelli.*** Por sua vez, na hipótese de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa. Neste caso o enquadramento típico até então dado correspondia ao fato descrito na denúncia. *Exemplo:* o Ministério Público aditou a denúncia para acrescentar qualificadora ao furto (prescrição: 12 anos), antes não narrada na inicial acusatória, que tratava de furto simples (prescrição: 8 anos). Porém, se já transcorrido o prazo prescricional considerando a capitulação inicial, impõe-se o reconhecimento da prescrição.

3.4.1.4. Denúncia anulada e o seu recebimento

A **denúncia anulada** não se presta como marco interruptivo da prescrição. Assim, mesmo existindo sentença condenatória, se o Tribunal reconhecer a **nulidade a partir do recebimento da denúncia**, não mais subsistem os marcos interruptivos da prescrição.

Nulidade absoluta (incompetência absoluta): se a denúncia for inicialmente recebida por órgão judiciário absolutamente incompetente, deve ser declarada a nulidade do processo a partir do recebimento. Nesse sentido: "Doutrina e jurisprudência são uniformes no sentido de que o recebimento da denúncia por magistrado absolutamente incompetente não interrompe o curso do prazo prescricional" (STJ, 5ª T., HC 245695, j. 18/03/2014); "(...) o recebimento da denúncia, quando emanado de autoridade incompetente, é ato absolutamente nulo, não produzindo efeito como marco interruptivo da prescrição" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 396.797, j. 17/10/2017). Idem: STF, 2ª T., HC 104907, j. 10/05/2011.

Nulidade relativa (incompetência relativa): considera-se a decisão do Juízo incompetente. "Tratando-se de incompetência relativa, o exame da prescrição da pretensão punitiva deve considerar o recebimento da denúncia realizado pelo Juízo incompetente, e não a convalidação posterior do Juízo que detém competência territorial, uma vez que este último ato possui natureza declarativa, prestando-se unicamente a confirmar a validade do primeiro. Em outros termos: pelo princípio da convalidação, o recebimento da denúncia por parte de Juízo territorialmente incompetente tem o condão de interromper o prazo prescricional" (STJ, 5ª T., EDcl no AgRg no AREsp 1625783, j. 17/11/2020).

Ratificação dos atos pelo juízo competente: "No caso de reconhecimento de incompetência, ainda que absoluta, é possível ao Juízo competente ratificar os atos decisórios praticados pelo órgão incompetente, inclusive o recebimento da denúncia. Precedentes do STJ e do STF" (STJ, 6ª T., AgRg nos EDcl no AREsp 1520223, j. 15/09/2020).

3.4.2. Pronúncia

O rito especial do Júri é escalonado (bifásico). A primeira etapa "chama-se juízo de admissibilidade, sumário da culpa, juízo de acusação ou *judicium accusationis*, sendo uma verdadeira fase de filtro, a propiciar a remessa do réu à segunda etapa do julgamento, que conta com a colaboração do corpo de jurados somente quando o feito estiver suficientemente maduro" (TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. p. 679). Essa primeira fase é encerrada com a *pronúncia* (decisão interlocutória mista não terminativa). Com a sua preclusão, ocorre o início da segunda etapa, chamada de *judicium causae* ou juízo de mérito.

No caso de decisão de desclassificação (reconhecimento que não se trata de crime doloso contra a vida), deve ser observado o seguinte:

1º) *Desclassificação do crime pelo juiz:* não interrompe a prescrição.

2º) *Desclassificação do crime pelo Tribunal em grau de recurso da sentença de pronúncia:* não interrompe a prescrição.

3º) *Desclassificação do crime pelo Tribunal do Júri:* a pronúncia continua sendo causa interruptiva. Nesse sentido: a **Súmula 191 do STJ**: "A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime".

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2017 – DPE-SC – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A pronúncia e o acórdão confirmatório da pronúncia interrompem a prescrição".

(CESPE – 2016 – PC-PE – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Caso o tribunal do júri venha a desclassificar o crime para outro que não seja de sua competência, a pronúncia não deverá ser considerada como causa interruptiva da prescrição".

3.4.3. Decisão confirmatória da pronúncia

Não somente a pronúncia interrompe a prescrição, mas também o acórdão confirmatório da pronúncia. Deve ser ressaltado que o acórdão que pronuncia o réu – anteriormente absolvido sumariamente ou impronunciado – também possui o efeito de interromper a prescrição.

A interrupção do prazo prescricional ocorre na data da sessão de julgamento, quando o acórdão se torna público, sendo irrelevante a data de sua publicação no Diário de Justiça. Precedentes: STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1360974, j. 12/11/2013; STJ, 6ª T., AgRg no Ag 1325925, j. 21/09/2010; STJ, 5ª T., EDcl no AgRg no REsp 1659917/SP, j. 28/05/2019.

Mesmo que o acórdão exclua alguma qualificadora, trata-se acórdão confirmatório da pronúncia. Nesse sentido: STF, 2ª T., RHC 99292, j. 29/09/2009.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC - 2018 - DPE-AM - Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A decisão confirmatória de pronúncia nos crimes submetidos ao Tribunal do Júri é causa suspensiva da prescrição".

3.4.4. *Publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis*

A publicação da sentença condenatória é causa interruptiva, mas da sentença absolutória não. Caso o Tribunal reforme a sentença absolutória, condenado o réu, a publicação do acórdão recorrível passa a ser causa interruptiva. Em caso de competência originária, a publicação do acórdão condenatório recorrível interromperá a prescrição.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDATEC - 2015 - PGE-RS - Procurador do Estado) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O acórdão constitui marco interruptivo da prescrição unicamente quando reformar a sentença absolutória para condenar o réu".

3.4.4.1. *Data da publicação*

Na hipótese de sentença condenatória, conta-se da data de publicação em mãos do escrivão (STJ, RHC 28822, j. 22/08/2011). Se publicada em audiência, a partir desta data. *Exemplo:* "A decisão torna-se pública na própria sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo, portanto, despicienda, para fim de interrupção do lapso prescricional, a data em que ocorre a intimação ou a publicação da sentença no órgão da imprensa oficial. Em outros termos, a prescrição recomeça a contar da data do primeiro ato inequívoco de publicidade do *decisum*" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 307579, j. 30/06/2015).

No caso de acórdão condenatório, a interrupção se dá na sessão de julgamento. A propósito: "A teor de precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, considera-se publicado o acórdão condenatório na data da realização da sessão pública de julgamento em que exarado aquele julgado, independentemente de quando se dê sua veiculação no Diário da Justiça ou em meio de comunicação congênere.2. A publicação do aresto nos veículos de comunicação oficial deflagra, apenas, o prazo recursal, não interferindo no cômputo do lapso prescricional" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1284572, j. 27/09/2016). Idem: STJ, 5ª T., EDcl no AgRg no REsp 1659917, j. 28/05/2019.

3.4.4.2. *Sentença que aplica medida de segurança*

Se o juiz reconhecer a inimputabilidade (CP, art. 26, *caput*), o agente será isento de pena. A sentença é absolutória (CPP, art. 386, VI) e não interromperá a prescrição.

No caso de semi-imputabilidade, embora possa o juiz substituir a pena privativa de liberdade por medida de segurança (CP, art. 98), a sentença possui natureza condenatória, de modo que interrompe a prescrição.

3.4.4.3. Acórdão que confirma a sentença condenatória

Existia divergência se o acórdão confirmatório da condenação é marco interruptivo da prescrição, uma vez que o art. 117, inciso IV, do Código Penal dispõe que o curso da prescrição se interrompe pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

- Para o STJ, o acórdão confirmatório da condenação não interrompia a prescrição, ainda que aumentasse a pena: "(...) a orientação prevalente nesta e. Corte Superior é de que o acórdão que confirma a condenação, ainda que majore a pena, não constitui marco interruptivo da prescrição, de modo que o último marco interruptivo da referida preclusão temporal é a data da publicação da decisão condenatória recorrível, proferida no primeiro ou no segundo grau de jurisdição. Nesse sentido: AgRg no REsp 1831638/GO, Quinta Turma, DJe 16/09/2019; AgRg nos EDcl no AREsp 359.573/SP, Sexta Turma, DJe 10/09/2019; AgRg na PET nos EAREsp 631.256/SP, Terceira Seção,DJe 13/08/2018" (STJ, Corte Especial, AgRg na PET nos EAREsp 1420611, j. 06/11/2019).
- O STF possuía duas orientações divergentes. A **Primeira Turma** sustentava que o acórdão confirmatório da sentença condenatória é marco interruptivo da prescrição: "1. A prescrição é, como se sabe, o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado. No art. 117 do Código Penal que deve ser interpretado de forma sistemática todas as causas interruptivas da prescrição demonstram, em cada inciso, que o Estado não está inerte. 2. Não obstante a posição de parte da doutrina, o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão. Não há, sistematicamente, justificativa para tratamentos díspares. 3. A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o que existe na confirmação da condenação é a atuação do Tribunal. Consequentemente, se o Estado não está inerte, há necessidade de se interromper a prescrição para o cumprimento do devido processo legal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STF, 1ª T., RE 1176906 AgR, j. 13/09/2019). Idem: STF, 1ª T., RE 1237572, j. 02/12/2019. **Em sentido contrário**, a **Segunda Turma** entendia que o acórdão confirmatório da sentença condenatória não era marco interruptivo da prescrição: "Acórdão que confirma condenação ou diminui a reprimenda imposta na sentença não interrompe a contagem da prescrição, pois sua natureza é declaratória" (STF, 2ª T., RE 1209729 AgR, j. 23/08/2019).

A celeuma foi resolvida pelo Plenário do STF com a decisão proferida no HC 176473, julgado em 27/04/2020, tendo sido fixada, por maioria, a seguinte **tese**: **"Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta".** No mesmo sentido: STF, Pleno, RE 1182948 AgR-EDv, j. 13/10/2020.

Ainda: "O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 176.473/RR, por maioria de votos, concluiu que 'somente há se falar em prescrição diante da inércia do Estado', de modo que o art. 117, IV, do Código Penal 'não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão', constituindo marco interruptivo da prescrição punitiva estatal" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1852359, j. 06/10/2020).

3.4.4.4. Nulidade da sentença condenatória

Anulada a sentença condenatória, não pode ser considerada como causa interruptiva da prescrição.

No caso de recurso exclusivo da defesa, "em razão da vedação à *reformatio in pejus* indireta na contagem da prescrição, deve ser utilizada a pena fixada na sentença anulada" (STJ, 6ª T., EDcl no AgRg no AREsp 109.858, j. 03/02/2015).

Deve-se ter cuidado ao afirmar que a nulidade da sentença afasta a causa interruptiva. A nosso ver, nem sempre isso acontece, pois em certos casos decreta-se apenas a **nulidade tópica da sentença**, como na hipótese de o Tribunal manter a condenação, mas anular somente a aplicação da pena, devolvendo o processo para que o juiz realize nova dosimetria.

Como bem decidido pelo STJ, o Juiz absolutamente incompetente para decidir determinada causa, até que sua incompetência seja declarada, não profere sentença inexistente, mas nula, que depende de pronunciamento judicial para ser desconstituída. E se essa declaração de nulidade foi alcançada por meio de recurso exclusivo da defesa ou por impetração de *habeas corpus*, o juiz competente não pode impor ao réu uma nova sentença mais gravosa do que a anteriormente declarada nula, sob pena de *reformatio in pejus indireta* (STJ, 5ª T., HC 124.149, j. 16/11/2010). No mesmo sentido: STF, HC 70866; STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1676607, j. 18/08/2020.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-MG – 2010 – 50º Concurso – Promotor de Justiça) *Questão discursiva*: "O acórdão que anula a sentença condenatória extingue o efeito interruptivo da prescrição?"

3.5. Comunicabilidade das causas interruptivas

> **Art. 117, § 1º.** Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

a) a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime (1ª parte).

Apesar de constar autores do crime, deve ser interpretado o dispositivo no sentido amplo, ou seja, concorrentes (coautores e partícipes).

Exemplo: na mesma sentença um coautor é absolvido e outro é condenado. A condenação possui o condão de interromper o lapso prescricional em relação ao réu absolvido. Possui a finalidade de evitar que o absolvido venha se beneficiar com a demora do julgamento de eventual recurso da acusação.

b) nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles (2ª parte).

Exemplo: réu processado pelo crime de estelionato em concurso material com furto vem a ser absolvido pelo estelionato e condenado pelo furto. A sentença condenatória recorrível no tocante ao furto interrompe o prazo prescricional em relação à absolvição do estelionato.

Frise-se que a comunicabilidade de causa interruptiva se aplica em relação às demais causas de interrupção (incisos I a IV).

O STJ decidiu que "Nos **crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo**, estende-se aos demais a interrupção do cômputo do prazo da prescrição relativa a qualquer deles (art. 117, § 1º, in fine, do Código Penal). Nesse contexto, quando os delitos não forem objeto da mesma ação penal, ainda que conexos, a comunicabilidade dos efeitos das causas interruptivas do prazo prescricional não se perfaz. Os marcos interruptivos da prescrição produzem os seus efeitos apenas no bojo do processo em que ocorreram, de forma que a posterior reunião dos feitos não enseja a comunicabilidade das causas interruptivas já implementadas, mas apenas das que vierem a ocorrer após a reunião dos processos. Inteligência do art. 117, § 1º, do Código Penal" (STJ, 5ª T., HC 478.748, j. 24/09/2019). Ainda: "No que concerne ao pedido de reconhecimento da extinção da punibilidade, em virtude da prescrição da pretensão punitiva estatal, destaco que, no caso de crimes conexos que sejam objeto do mesmo processo, havendo sentença condenatória para um dos crimes e acórdão condenatório para o outro delito, tem-se que a prescrição da pretensão punitiva de ambos é interrompida a cada provimento jurisdicional, conforme disciplina o art. 117, § 1º, do Código Penal" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1675663, j. 03/12/2019).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2015 – TJ-AL – Juiz de Direito) "No tocante à interrupção da prescrição, é correto afirmar que: a) o tempo transcorrido antes da causa interruptiva é contado, em qualquer situação, para o prazo prescricional; b) pode produzir efeitos relativamente a todos os autores do crime, salvo exceções; c) a reincidência interrompe a prescrição da pretensão punitiva; d) a impronúncia constituiu causa interruptiva da prescrição; e) a prescrição fica interrompida enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime". **Gabarito: B.**

(FCC - 2015 - TJ-GO - Juiz de Direito) "A interrupção da prescrição: a) não leva a que comece a correr novamente o prazo a partir do dia em que verificada a causa interruptiva, no caso de continuação do cumprimento da pena; b) ocorre com o oferecimento da denúncia ou da queixa, e não com o recebimento; c) é extensível aos crimes conexos, ainda que objeto de processos distintos, se verificada em relação a qualquer deles; d) produz efeitos relativamente a todos os autores do crime quando do início ou continuação do cumprimento da pena por algum deles; e) ocorre com a publicação da sentença ou acórdãos absolutórios recorríveis". **Gabarito: A.**

3.6. Causas suspensivas da prescrição da pretensão punitiva

As chamadas causas suspensivas da prescrição suspendem o curso do prazo prescricional. Cessado o motivo da suspensão, o prazo prescricional retoma o seu curso, computando-se o período anterior.

Nos termos do **art. 116 do Código Penal**, suspende-se a prescrição:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime (art. 116, I): trata-se de questão prejudicial, conforme arts. 92 e 93 do CPP. *Exemplo:* o processo penal que apura o crime de bigamia ficará suspenso enquanto houver discussão no juízo cível sobre a validade do primeiro casamento.

II - enquanto o agente cumpre pena no exterior (art. 116, II): a justificativa dessa causa é a impossibilidade de extradição do agente. **O Pacote Anticrime** (Lei nº 13.964/19, com vigência a partir do dia 23/01/2020), deu nova redação ao art. 116 do Código Penal, alterando o inciso II, com a substituição da palavra "estrangeiro" por "exterior".

III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis (incluído pela Lei nº 13.964/19): o réu não pode ser prejudicado ao exercer legitimamente os meios de defesa. Entretanto, muitas vezes ocorre o uso abusivo dos embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, acarretando procrastinação no processo e consequentemente afetando o prazo prescricional, a ponto de operar-se a prescrição. Com a nova redação do art. 116, III, se os embargos de declaração ou os recursos aos Tribunais Superiores interpostos foram inadmissíveis, não terá corrido o prazo prescricional durante a pendência destes recursos. A suspensão ocorre desde a interposição do recurso até a sua integral finalização.

IV - enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal (incluído pela Lei nº 13.964/19): o acordo de não persecução penal, anteriormente previsto na Resolução 181/2017 do CNMP, foi inserido no Código de Processo Penal pela própria Lei nº 13.964 (novo art. 28-A do CPP). Caso seja celebrado, a prescrição não corre durante o tempo de cumprimento do acordo. Uma vez descumprido e rescindido, retoma-se o curso do prazo prescricional.

Obs.: o parágrafo único do art. 116 refere-se à PPE.

Além das duas causas descritas no Código Penal, a legislação especial traz outras. *Exemplos:*

- **CF, art. 53, § 5º:** durante o período de sustação do processo em que Parlamentar figura como sujeito passivo, mas somente enquanto durar o mandato.

- **CPP, art. 366:** processos em que o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado. A lei não dispõe sobre o lapso em que o prazo prescricional ficará suspenso. Já decidiu o STF que a suspensão da prescrição se dá por prazo indeterminado (RE 460971/RS). O STJ, por sua vez, entende que o prazo prescricional não pode ficar suspenso por tempo indeterminado, sumulando a matéria nos seguintes termos: "O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada" (**Súmula 415 do STJ**).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBFC – 2018 – TRF2 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada".

- **CPP, art. 368:** durante o cumprimento de carta rogatória nos processos em que o acusado se encontra em lugar sabido.

- **Lei nº 9.099/95, art. 89, § 6º:** durante o prazo de suspensão do processo.

- **Lei nº 9.430/96, art. 83, § 3º (redação dada pela Lei nº 12.382/11):** regime de parcelamento nos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal.

- **Lei 12.850, art. 4º, § 3º (colaboração premiada):** "O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional".

TRANSAÇÃO PENAL

Não há suspensão da prescrição durante o cumprimento de transação penal: "1. Conforme orientação desta Corte, as causas suspensivas da prescrição demandam expressa previsão legal (AgRg no REsp n. 1.371.909/SC ... DJe de 3/9/2018). 2. Durante o prazo de cumprimento das condições impostas em acordo de transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995) não há, em razão da ausência de previsão legal, a suspensão do curso do prazo prescricional" (STJ, 6ª T., RHC 80148, j. 01/10/2019).

3.7. Prescrição do crime pressuposto

Nos termos do art. 108 do CP, a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro crime não se estende a ele. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.

Lavagem de dinheiro: "A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou *extinta a punibilidade da infração penal antecedente*" (art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.613/98). A propósito: "Dessa forma, a prescrição das contravenções de jogo do bicho não repercute na apuração do crime de branqueamento. Com efeito, 'o reconhecimento da extinção da punibilidade pela superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, relativamente ao crime funcional antecedente, não implica atipia ao delito de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei n. 9.613/98), que, como delito autônomo, independe de persecução criminal ou condenação pelo crime antecedente'" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 497486, j. 06/08/2019).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto) No tocante à prescrição, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Cometido o homicídio qualificado para ocultar outro crime, a prescrição deste impede a qualificação daquele".

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto) No tocante à prescrição, foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A sua ocorrência em relação ao crime de furto não alcança a receptação que o tinha como pressuposto".

(CESPE – 2019 – MP-PI – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Nos casos de crimes conexos, a extinção da punibilidade de um crime impede, em relação ao(s) outro(s), a agravação da pena resultante da conexão".

(VUNESP – 2019 – TJ-AC – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles impede a agravação da pena, em relação aos outros, resultante da conexão".

(IESES – 2017 – TJ-RO – Titular de Serviços de Notas e de Registros) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão".

(FAURGS – 2016 – TJ-RS – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "No caso de crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão, conforme dispõe o Código Penal".

(FCC – 2007 – TRE-SE – Analista Judiciário) "'A' pratica crime de furto de uma bicicleta e vende-a para 'B'. Ambos são processados nos mesmos autos. No curso do processo verifica-se a prescrição da ação penal em relação a 'A', que é menor de 21 anos, extinguindo-se a punibilidade do furto. Essa extinção de punibilidade alcança, também, o crime de receptação, favorecendo 'B'? **Gabarito: Não, porque a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto de outro não se estende a este".**

4. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE OU INTERCORRENTE OU SUBSEQUENTE (ESPÉCIE DE PPP)

Segundo o art. 110, § 1º, do Código Penal (redação dada pela Lei nº 12.234/10), a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a

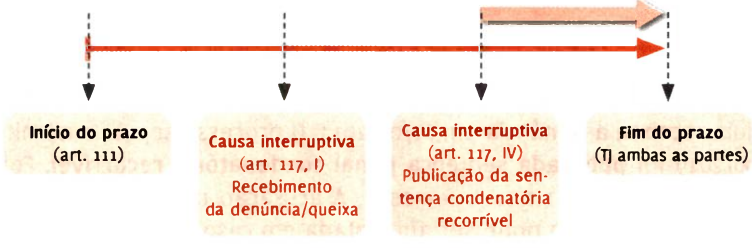
acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Esse dispositivo regula a possibilidade da prescrição superveniente e da prescrição retroativa.

Como visto, o prazo prescricional varia de acordo com a pena. Antes da fixação da pena (pena concreta), é levada em consideração a pena máxima prevista para o crime, uma vez que esta pode ser aplicada. Entretanto, após a fixação da **pena concreta**, e ocorrendo o trânsito em julgado para a acusação ou o improvimento do seu recurso, não será mais possível a alteração da pena para quantidade superior (proibição da *reformatio in pejus*), e, por consequência, do prazo prescricional, surgindo, então, a possibilidade da ocorrência da prescrição retroativa ou da prescrição superveniente.

A prescrição superveniente é uma espécie de **prescrição da pretensão punitiva** que ocorre entre a *publicação da sentença condenatória recorrível* e o *trânsito em julgado da sentença*. Também é denominada de prescrição intercorrente ou subsequente.

Possui como *marco inicial* a **publicação da sentença condenatória** (mas desde que haja o trânsito em julgado para a acusação ou que seja improvido o seu recurso) e como *marco final* o **trânsito em julgado para ambas as partes**, que pode se dar em qualquer instância superior.



Prescrição superveniente
Pressuposto: trânsito em julgado para a acusação ou que seja improvido o seu recurso.
Termo inicial: publicação da sentença condenatória recorrível.
Ocorrência: demora da intimação do réu da sentença ou demora do julgamento de eventual recurso.

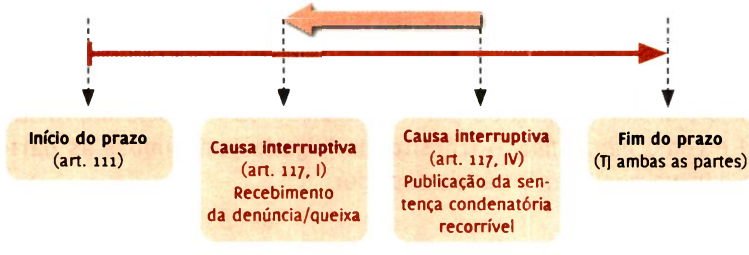
Exemplo: 'A', no ano 2012, praticou o crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*). O juiz **recebeu a denúncia** no ano de 2014 e foi **publicada no mesmo ano a sentença penal condenatória recorrível**. Foi fixada a pena de reclusão de 1 ano e 6 meses. A acusação não apresentou recurso. A defesa interpôs o recurso de apelação requerendo a reforma da sentença com a absolvição. Como não houve recurso da acusação, a pena fixada não pode ser aumentada pelo Tribunal

(proibição da *reformatio in pejus*). Se transcorridos mais de 4 anos da publicação da sentença sem que haja o julgamento pelo Tribunal de Justiça, ocorrerá a prescrição superveniente, considerando que para uma pena de 1 ano e 6 meses o prazo prescricional será de 4 anos.

5. PRESCRIÇÃO RETROATIVA (ESPÉCIE DE PPP)

A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada. Da publicação da sentença condenatória para frente pode ocorrer a prescrição superveniente, ao passo que da publicação da sentença condenatória para trás pode ocorrer a prescrição retroativa. Em outras palavras, a prescrição retroativa tem por referência a pena em concreto e é aferida segundo os marcos interruptivos descritos no art. 117, I a IV, do Código Penal.

No caso da prescrição retroativa, não se poderá, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa (nova redação do art. 110, § 1º, do CP).

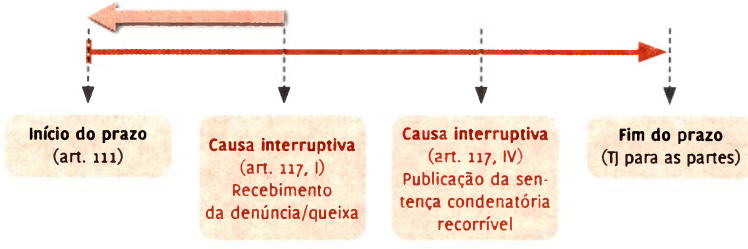


Exemplo: 'A', no ano de 2012, praticou o crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*). O juiz **recebeu a denúncia** em 10/02/2014. O processo seguiu o trâmite legal. Em 20/06/2019 foi **publicada sentença penal condenatória recorrível**. Foi fixada a pena de reclusão de 1 ano e 6 meses. A acusação não apresentou recurso, de sorte que a pena não pode ser aumentada em caso de recurso exclusivo da defesa (proibição da *reformatio in pejus*). Assim, considerando a pena concreta e nos termos do art. 109, inciso V, a prescrição opera-se 4 anos. No caso, ocorreu a prescrição retroativa, uma vez que entre o recebimento da denúncia (10/02/2014) e a data da publicação da sentença condenatória recorrível (20/06/2019) transcorreu um prazo superior a 4 anos.

A Lei nº 12.234/10 alterou a redação do art. 110, § 1º, do CP e revogou o § 2º, excluindo a possibilidade da prescrição retroativa em período anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa.

Exemplo: 'A', no ano de 2000, praticou o crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*). O juiz **recebeu a denúncia** em 10/02/2005 (5 anos depois da consumação do crime). O processo seguiu o trâmite legal. Em 20/06/2007 foi **publicada sentença penal condenatória recorrível** (aproximadamente 2 anos e 4 meses depois do

recebimento da denúncia). Foi fixada a pena de reclusão de 1 ano e 6 meses. A acusação não apresentou recurso. Assim, considerando a pena concreta e nos ternos do art. 109, inciso V, a prescrição opera-se 4 anos. No caso, ocorreu a prescrição retroativa, uma vez que entre a data da consumação do crime (2000) e a data do recebimento da denúncia (2005), transcorreu um prazo superior a 4 anos. Como dito, a redação anterior do art. 110, §§ 1º e 2º permitia a prescrição retroativa entre a data da consumação do crime e a data do recebimento da denúncia.



Observações:

- Como a Lei nº 12.234/10 se trata de lei penal mais severa, não se aplica aos fatos praticados antes de sua vigência.
- Segundo decidido pelo Plenário do STF, "É **constitucional** o art. 110, § 1º, do CP (§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa), na redação dada pela Lei 12.234/2010. Essa a conclusão do Plenário que, por maioria, denegou 'habeas corpus' em que se pleiteava o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em favor do paciente, na modalidade retroativa, entre a data do fato e o recebimento da denúncia, diante da pena em concreto aplicada, por decisão transitada em julgado para a acusação. No caso, ele fora condenado à pena de um ano de reclusão, como incurso nas sanções do art. 240 do CPM (furto). Alegava-se que a citada inovação legislativa teria praticamente eliminado as possibilidades de se reconhecer a prescrição retroativa, e que o direito à prescrição seria qualificado, implicitamente, como um dos direitos fundamentais dos cidadãos pela Constituição. O Colegiado realizou retrospectiva histórica a respeito da prescrição retroativa na legislação pátria, a culminar na alteração promovida pela Lei 12.234/2010. O dispositivo do art. 110 do CP, antes do advento da mencionada lei, tratava da prescrição calculada pela pena concretamente fixada na sentença condenatória, desde que houvesse trânsito em julgado para a acusação ou desde que improvido seu recurso" (STF, Pleno, HC 122694, j. 10/12/2014 – Informativo 771).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FUNDEP – 2019 – DPE-MG – Defensor Público) Considere o caso hipotético a seguir. José, com 21 anos de idade, cometeu um delito de furto simples (art. 155, caput) em 26 de maio do ano de 2010. A denúncia foi oferecida em 20 de maio de 2014 e recebida em 26 de maio de 2014. Após a instrução, em sentença condenatória publicada em 26 de maio de 2016, José foi condenado a uma pena de dois anos de reclusão. O Ministério Público não recorreu, enquanto que a Defensoria Pública interpôs recurso de apelação, e, em acórdão publicado em 26 de maio de 2019, José teve a pena reduzida para um ano de reclusão. a) com base na pena final concretizada, deve ser reconhecida a prescrição retroativa, ocorrida entre a data do fato e o recebimento da denúncia. b) em razão da pena final concretizada, houve prescrição retroativa entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, pois deve ser aplicada a causa de redução da prescrição (art. 115 do CP). c) seja em razão da pena em abstrato, seja pela pena em concreto, não houve a ocorrência de prescrição em nenhuma hipótese. d) em razão da pena efetivamente aplicada, houve a ocorrência da prescrição superveniente, pois entre a data de publicação da sentença e o julgamento do acórdão houve o transcurso de três anos. **Gabarito: C.**

(FCC – 2019 – DPE-SP – Defensor Público) Guilherme, à época com 19 anos de idade, foi denunciado como incurso no delito de receptação simples (pena de 1 a 4 anos de reclusão) porque, no dia 30 de setembro de 2010, teria adquirido e estaria conduzindo um veículo, sabendo se tratar de produto de crime. Recebida a denúncia em 15 de novembro de 2010, foi determinada a citação do réu. Não tendo o réu sido localizado e nem constituído advogado, o Juiz proferiu decisão, em 15 de março de 2011, determinando a suspensão do processo e do prazo prescricional. Em 10 de julho de 2017, Guilherme foi preso novamente e foi citado por este feito, tendo sido revogada a suspensão do processo. Realizada audiência, foi proferida sentença, publicada em 14 de abril de 2019, condenando Guilherme nos termos da denúncia à pena mínima cominada ao delito. A sentença transitou em julgado para a acusação, tendo o réu interposto recurso. De acordo com o posicionamento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, a prescrição da pretensão punitiva retroativa ocorreu em: a) 15 de novembro de 2018. b) 15 de novembro de 2016. c) 15 de março de 2017. d) 15 de novembro de 2014. e) 10 de março de 2019. **Gabarito: B.**

(MP-SP – 2019 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A prescrição intercorrente regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo 109 do Código Penal, os quais se aumentam de 1/3 (um terço), se o condenado é reincidente".

(VUNESP – 2017 – TJ-SP – Juiz de Direito) A chamada prescrição retroativa:

a) é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime.

b) não pode ter por termo inicial data anterior à publicação da sentença condenatória recorrível.

c) acarreta o acréscimo de um terço no lapso prescricional em se tratando de acusado reincidente.

d) não marca os antecedentes do acusado, nem gera futura reincidência.

Gabarito: D.

(FCC – 2017 – TRE-SP – Analista Judiciário) Paulo, quando tinha 20 anos de idade, após ser abordado em uma blitz da polícia rodoviária federal na Rodovia Presidente Dutra, no dia 1º de junho de 2010, oferece R$ 1.000,00, em dinheiro, para o policial responsável pela abordagem para não ser autuado por excesso de velocidade. Paulo é conduzido ao Distrito Policial, preso em flagrante, e acaba beneficiado pela Justiça sendo colocado em liberdade após pagamento de fiança. Encerrado o inquérito Policial, a denúncia em desfavor de Paulo, pelo crime de corrupção ativa, é recebida no dia 15 de 2014. O processo tramita regularmente e Paulo é condenado a cumprir pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, por sentença publicada em 14 de agosto de 2016. A sentença transita em julgado. Ricardo, advogado de Paulo, postula ao Magistrado competente para a execução da sentença o reconhecimento da prescrição. Neste caso, de acordo com o Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva estatal ocorre em:

a) 8 anos e a pena cominada ao réu, Paulo, não está prescrita, cabendo a ele cumprir regularmente sua pena.

b) 4 anos e a pena cominada ao réu, Paulo, não está prescrita, cabendo a ele cumprir regularmente sua pena.

c) 3 anos e a pena cominada ao réu, Paulo, está prescrita em decorrência do decurso do prazo superior a 3 anos entre a data do crime e do recebimento da denúncia.

d) 4 anos e a pena cominada ao réu, Paulo, está prescrita em decorrência do decurso do prazo entre a data do crime e do recebimento da denúncia.

e) 2 anos e a pena cominada ao réu, Paulo, está prescrita em decorrência do decurso do prazo entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória.

Gabarito: E.

(CESPE – 2016 – PC-PE – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Para crimes praticados em 2016, a prescrição retroativa deverá ser regulada pela pena aplicada, tendo-se por termo inicial data anterior à da denúncia ou da queixa".

(PGR – 2015 – 28º Concurso – Procurador da República) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A diferença entre a prescrição retroativa e a intercorrente reside no fato de esta ocorrer entre a publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado para a defesa; e aquela e contada da publicação da decisão condenatória para trás".

(PGR – 2015 – 28º Concurso – Procurador da República) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "É constitucional o art. 110, § 1º, do CP na redação dada pela Lei n.º 12.234, de 2010".

(FCC – 2015 – TJ-PE – Juiz de Direito) "A prescrição retroativa: a) modalidade de prescrição da pretensão executória, é regulada pela pena

aplicada, não podendo ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa; b) modalidade de prescrição da pretensão executória, é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime e pode ocorrer entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória transitada em julgado para a acusação; c) modalidade de prescrição da pretensão punitiva, é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, não podendo ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa; d) antes prevista como forma de prescrição da pretensão punitiva, foi abolida por recente reforma legislativa; e) modalidade de prescrição da pretensão punitiva, é regulada pela pena aplicada e pode ocorrer entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória transitada em julgado para a acusação". **Gabarito: E.**

6. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA (PPE)

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

6.1. Introdução

Como dito anteriormente, a prescrição da pretensão executória **ocorre depois de transitar em julgado sentença condenatória para a acusação e defesa** (art. 110, *caput*).

Regula-se pela *pena aplicada* e de acordo com os prazos fixados no art. 109, os quais se **aumentam de um terço** se o condenado é **reincidente**.

Obs.: "A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva" (**Súmula 220 do STJ**).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – TJ-BA – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Em se tratando de criminoso reincidente, são aumentados em um terço os prazos da prescrição da pretensão punitiva".

(MP-PR – 2017 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A reincidência pode influir no prazo da prescrição da pretensão punitiva, mas não pode influir no prazo da prescrição da pretensão executória".

(FCC – 2017 – DPE-SC – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O prazo da prescrição da pretensão punitiva aumenta de um terço em caso de réu reincidente".

A partir da sentença penal transitada em julgado para ambas as partes, inicia-se o direito de o Estado executar a pena aplicada, ou seja, o direito de punir transforma-se no direito de executar. Enquanto o Estado não cumpre seu poder-dever de executar a pena, estará correndo o prazo prescricional.

A *prescrição da pretensão executória* não afeta o título executivo formado com o trânsito em julgado, de sorte que **exclui apenas o efeito principal da sentença condenatória (sanção penal)**, permanecendo, assim, os efeitos secundários de natureza penal e extrapenal.

6.2. Termo inicial e causas interruptivas da prescrição da pretensão executória

Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível

Art. 112. No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

Prescrição no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional

Art. 113. No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.

Causas interruptivas da prescrição

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

(...)

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência.

§ 2º. Interrompida a prescrição, **salvo a hipótese do inciso V deste artigo,** todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

1ª SITUAÇÃO	
Termo inicial	Dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação (art. 112, I, 1ª parte)
Causa interruptiva	Início do cumprimento da pena (art. 117, V)

Transitada em julgado a sentença condenatória para ambas as partes, compete ao Estado executar a pena aplicada. Esse prazo correrá até que se *inicie o cumprimento da pena* (causa interruptiva: CP, art. 117, V).

Entretanto, ressalvado o posicionamento contrário abaixo explicado, o termo inicial não será o trânsito em julgado para ambas as partes, mas sim o trânsito em julgado para a acusação (art. 112).

Exemplo: "A" é condenado, no dia 01/11/2015, a uma pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão. O Ministério Público não recorre e o trânsito em julgado para a acusação ocorre no dia 10/01/2016. Por outro lado, após inúmeros recursos da defesa, inclusive junto ao STJ e STF, a sentença veio a transitar em julgado no dia 18/12/2019. No dia 07/01/2019 o juiz expede mandado de prisão, mas passado mais de um mês o condenado não é encontrado. Ao analisarmos o caso, verificamos que o prazo prescricional **iniciou** no *"dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação"* (CP, art. 112, I), ou seja, no dia 10/01/2016, e seria **interrompido** "quando o condenado *iniciar o cumprimento*

da pena" (causa interruptiva: CP, art. 117, V). Considerando que a pena de 2 anos prescreve no prazo de 4 anos (CP, art. 109, V), operou-se a prescrição da pretensão executória às 24 horas do dia **09/01/2020** (desde que não houvesse a interrupção da prescrição pela reincidência - art. 117, VI -, hipótese em que o prazo seria reiniciado). Observe que, como o trânsito em julgado para ambas as partes somente se deu em **18/12/2019**, e somente a partir deste momento foi possível iniciar a execução da pena, o Estado teve menos de um mês para tomar as providências para dar início ao cumprimento da pena, o que foi insuficiente no exemplo.

O art. 112, I, do CP regula uma situação que causa relevantes debates na doutrina. Isso porque, antes do trânsito em julgado da condenação, não cabe execução provisória da pena (STF, Pleno, ADC 44/DF, j. 7/11/2019) e, mesmo assim, o prazo prescricional corre em desfavor do Estado. Nesse sentido: "No âmbito deste Superior Tribunal, prevalece o entendimento de que o termo inicial da contagem do prazo da prescrição executória é a data do trânsito em julgado para a acusação, consoante a interpretação literal do art. 112, I, do CP, que, mesmo depois da Constituição Federal de 1988, não foi revogado por não recepção ou declarado inconstitucional e, portanto, permanece vigente no ordenamento jurídico pátrio" (STJ, 6ª T., AgRg no HC 536.448, j. 22/10/2019).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(MP-SP - 2019 - Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Tendo em vista que o artigo 117 do Código Penal, nos incisos I, II, III, IV, V e VI, elenca as causas interruptivas da prescrição, nesses casos, interrompida a prescrição, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção".

(CESPE - 2019 - TJ-BA - Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Na hipótese de evasão do condenado, a prescrição da pretensão executória é regulada pelo total da pena privativa de liberdade imposta".

(CESPE - 2014 - TJ-DFT - Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "O termo inicial de contagem do prazo da prescrição da pretensão executória é a data em que a sentença condenatória transita em julgado para a acusação".

O início de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade se dá "no dia do efetivo comparecimento do apenado à instituição assistencial designada pelo Juízo das Execuções para o cumprimento da atividade" e não pelo simples comparecimento em cartório para retirada de ofício e cadastramento em Programa de Prestação de Serviços à Comunidade (STJ, 5ª T., HC 163.261, j. 01/03/2011).

2ª SITUAÇÃO	
Termo inicial	Dia em que transita em julgado a decisão que revoga a suspensão condicional da pena (art. 112, I, 2ª parte).
Causa interruptiva	Início do cumprimento da pena (art. 117, V)

Revogado o *sursis*, compete ao Estado executar a pena anteriormente suspensa. Esse prazo correrá até que se *inicie o cumprimento da pena* (causa interruptiva: CP, art. 117, V).

Exemplo: fixada a pena privativa de liberdade de 1 ano e 6 meses de reclusão, foi concedido o *sursis*. Durante o período de prova, houve o descumprimento das condições, o que ensejou a sua revogação. A decisão transitou em julgado no 25/10/2017. No caso, o prazo prescricional **inicia-se** no dia 25/10/2017 e será **interrompido** quando o condenado *iniciar o cumprimento da pena* (causa interruptiva: CP, art. 117, V). Considerando que a pena de 1 ano e 06 meses prescreve no prazo de 4 anos (CP, art. 109, V), ocorrerá a prescrição da pretensão executória às 24 horas do dia 24/10/2021, desde que também não ocorra a interrupção da prescrição pela reincidência (CP, art. 117, VI).

3ª SITUAÇÃO	
Termo inicial	Dia em que transita em julgado a decisão que revoga o livramento condicional (art. 112, I, parte final).
Causa interruptiva	Continuação do cumprimento da pena (art. 117, V)

Revogado o livramento condicional, compete ao Estado dar continuidade à execução da pena privativa de liberdade. O prazo prescricional correrá até que se *continue o cumprimento da pena* restante (causa interruptiva: CP, art. 117, V). Nesse caso, da mesma forma que ocorre com a fuga, a prescrição é regulada pelo **tempo restante da pena** (CP, art. 113). Ressalte-se que deverá ser observado o art. 88 do CP para o cálculo do tempo restante da pena.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto) No tocante à prescrição, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "É regulada pelo total da pena nos casos de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional".

(FCC – 2018 – DPE-AM – Defensor Público) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Em caso de revogação do livramento condicional, a prescrição é regulada pelo resto de pena a cumprir".

Exemplo: fixada a pena privativa de liberdade de 7 anos de reclusão, foi concedido o livramento condicional após o cumprimento de 3 anos de pena. Durante o período de prova, após ter cumprido 3 anos e 6 meses de livramento condicional, houve o descumprimento das condições impostas pelo juiz, o que ensejou a revogação do livramento condicional. A decisão transitou em julgado no 25/10/2017.

No caso acima, o prazo prescricional **inicia-se** no dia 25/10/2017 e será **interrompido** quando o condenado *continuar o cumprimento da pena* (causa interruptiva: CP, art. 117, V). Nesse caso de revogação não se desconta na pena o tempo em que esteve solto o condenado (CP, art. 88 e LEP, art. 142). Desse modo, ainda restam a cumprir 4 anos de pena. Nos termos do art. 113 do CP, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena. Considerando que 4 anos (tempo restante

da pena) prescreve no prazo de 8 anos (CP, art. 109, IV), ocorrerá a prescrição da pretensão executória às 24 horas do dia 24/10/2025, desde que também não ocorra a interrupção da prescrição pela reincidência (CP, art. 117, VI).

4ª SITUAÇÃO	
Termo inicial	Dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena (art. 112, II).
Causa interruptiva	Continuação do cumprimento da pena (art. 117, V)

Na hipótese de *interrupção da execução* (ex.: fuga do condenado), **inicia-se** o prazo prescricional, que será **interrompido** pela *continuação do cumprimento da pena* ou se houver a reincidência (CP, art. 117, V e VI).

Exemplo: fixada a pena privativa de liberdade de 7 anos de reclusão, o condenado evadiu-se no dia 25/10/2017 após ter cumprido 3 anos de pena. No caso, o prazo prescricional ***inicia-se*** no dia 25/10/2017 e será ***interrompido*** quando o condenado *continuar o cumprimento da pena* (causa interruptiva: CP, art. 117, V. Nos termos do art. 113 do CP, "no caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena". Considerando que 4 anos (tempo restante da pena) prescreve no prazo de 8 anos (CP, art. 109, IV), ocorrerá a prescrição da pretensão executória às 24 horas do dia 24/10/2025, desde que também não ocorra a interrupção da prescrição pela reincidência (CP, art. 117, VI).

Obs.: conforme consta no art. 112, II, última parte, quando o tempo da **interrupção da execução** deva ser computado na pena não se fala em **termo inicial**, ou seja, não está correndo prazo prescricional. Ex.: a *superveniência de doença mental* interrompe a execução da pena, uma vez que o condenado é internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Porém, esse período de internação é computado na pena (CP, arts. 41 e 42 e LEP, art. 183).

6.3. Reincidência como causa interruptiva

A **reincidência**, nos termos do art. 117, inciso VI, do CP é causa interruptiva da prescrição. Apesar de não constar expressamente, **somente se aplica à prescrição da pretensão executória (PPE).**

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(TJ-SP – 2011 – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A reincidência é causa interruptiva tanto da prescrição da pretensão punitiva como da prescrição executória".

Existe divergência em relação ao momento em que se dará a interrupção. Orientações: **1ª)** a interrupção se dá na data do trânsito em julgado da sentença condenatória do novo crime. Segundo Delmanto, a lei se refere a "reincidência" e não ao cometimento de novo delito, de modo que há de se considerar a reincidência de direito, representada pela nova condenação transitada em julgada (cf. DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 435); **2ª)**

"Ambas as Turmas especializadas em direito penal deste Sodalício entendem que a reincidência, como reza o art. 117, inciso VI, do Código Penal, interrompe o prazo da prescrição da pretensão executória do Estado, considerando-se, como marco interruptivo, a data da prática de novo crime, e não a do seu trânsito em julgado" (STJ, 6ª T., HC 317.662, j. 28/04/2015). Idem: "Segundo a jurisprudência desta Corte, a reincidência, como causa interruptiva da prescrição, nos termos do art. 117, VI, do Código Penal, configura-se na data da prática de novo delito, não se exigindo o trânsito em julgado da condenação, que somente constituiria condição de validade da referida baliza prescricional, a ser avaliada em momento posterior'" (STJ, 6ª T., HC 408555, j. 10/09/2019).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2017 – DPE-AC – Defensor Público) Foram consideradas *corretas* as seguintes alternativas: "São efeitos da reincidência: I. o aumento do prazo da prescrição executória; (...) IV. a interrupção do curso da prescrição".

(TRF3 – 2010 – Juiz Federal) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A reincidência se configura com o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas o lapso prescricional se interrompe na data do cometimento do delito".

6.4. Causa suspensiva da prescrição da pretensão executória

Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo (art. 116, parágrafo único, do CP).

No caso de *sursis*, enquanto o condenado cumpre o período de prova, não estará correndo o prazo prescricional. Nesse sentido: "Embora o Código Penal não considere, de forma explícita, a suspensão condicional (sursis) como causa impeditiva da prescrição, esse efeito deflui da lógica do sistema vigente" (STF, HC 91562).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – MP-PI – Promotor de Justiça) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Após a sentença condenatória transitar em julgado, a prescrição não corre enquanto o condenado estiver preso por outro motivo".

7. REDUÇÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

> **Art. 115.** São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

Esse dispositivo aplica-se a todas as espécies de prescrição (da pretensão punitiva e da pretensão executória).

A redução **não se aplica no caso de semi-imputabilidade**: "Por expressa previsão do art. 115 do CP, são reduzidos pela metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, na data da sentença, maior de 70 anos, não se admitindo

interpretação extensiva ao réu semi-imputável" (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1844880, j. 22/09/2020).

A primeira hipótese se refere ao **maior de 18 anos e menor 21 anos ao tempo do crime.**

Sobre o *tempo do crime*, segundo art. 4º do CP, "considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado" (teoria da atividade).

Apesar de o Código Civil de 2002 ter alterado a maioridade civil, a regra do Código Penal permanece inalterada.

No que tange ao **maior de 70 anos**, discute-se qual deveria ser o marco para a redução da prescrição:

- **Posição restritiva:** a redução do prazo prescricional prevista no art. 115 do Código Penal somente é aplicada quando o agente contar com mais de 70 anos na data da primeira decisão condenatória, seja sentença ou acórdão. Nesse sentido: STF, 1ª T., HC 132788, j. 28/06/2016. Ainda: "Por expressa previsão do art. 115 do CP, são reduzidos pela metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, na data da sentença, maior de 70 anos. O termo sentença deve ser compreendido como a primeira decisão condenatória, seja sentença ou acórdão proferido em apelação. Precedentes. Na espécie não se aplica referido dispositivo, visto que o paciente completou 70 anos após o acórdão condenatório. (STJ, 6ª T., HC 467.527, j. 15/10/2019). Idem: "No que tange à prescrição, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 749.912/PR, pacificou o entendimento de que o benefício previsto no artigo 115 do Código Penal não se aplica ao réu que completou 70 anos de idade após a data da primeira decisão condenatória" (STJ, 5ª T., AgRg no RHC 116.082, j. 10/10/2019); "Da leitura do disposto no art. 115 do Código Penal, tem-se que o benefício da redução do prazo prescricional pela metade apenas é conferido àquele que 'na data da sentença', for maior de 70 anos, situação não configurada nos presentes autos. Com efeito, o próprio impetrante afirma que o paciente completou 70 anos 'antes do julgamento dos embargos infringentes e de nulidade'" (STJ, 5ª T., AgRg no HC 608027, j. 20/10/2020).

- **Posição extensiva:** deve ser conferido um sentido mais amplo à expressão "na data da sentença", de sorte que se deve entender como sendo o último pronunciamento judicial, ou seja, aquele que tornou o título executivo penal condenatório imutável na via do recurso. Nesse sentido: "(...) 3. A aplicação do artigo 115 do Código Penal reclama interpretação teleológica e técnica interpretativa segundo a qual não se pode extrair de regra que visa a favorecer o cidadão razão capaz de prejudicá-lo, restringindo a extensão nela revelada. 4. Consectariamente, há de se tomar a idade do acusado, não na data do pronunciamento do Juízo, mas naquela em que o

título executivo penal condenatório se torne imutável na via do recurso" (STF, 1ª T., ARE 778042 AgR, j. 21/10/2014).

Obs.: "O Estatuto do Idoso, ao considerar como idosa a pessoa a partir de 60 (sessenta) anos de idade, não alterou o artigo 115 do Código Penal, que prevê a redução do prazo prescricional apenas quando o acusado é maior de 70 (setenta) anos de idade ao tempo da sentença condenatória" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1412522, j. 06/10/2016). Idem: STJ, 5ª T., AgRg no RHC 116.082, j. 10/10/2019. No mesmo sentido: STF, HC 89969.

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(CESPE – 2019 – TJ-BA – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Tais prazos serão reduzidos pela metade nas situações em que, ao tempo do crime, o agente fosse menor de vinte e um anos de idade ou, na data do trânsito em julgado da sentença condenatória, fosse maior de setenta anos de idade".

(MP-PR – 2017 – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A, com 19 anos, pratica o crime de peculato (CP, art. 312, caput – pena: de 2 a 12 anos de reclusão, e multa), na forma tentada (CP, art. 14, inciso II, parágrafo único – diminuição de pena: de um a dois terços): a prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato ocorre em 8 (oito) anos".

(FCC – 2017 – TRE-SP – Analista Judiciário) Moisés respondeu processo por crime de corrupção ativa cometido no dia 30 de setembro de 2010, quando tinha 66 anos de idade. A denúncia oferecida pelo Ministério Público em 16 de outubro de 2014 é recebida pelo Magistrado competente no dia 18 de outubro do mesmo ano de 2014. O processo tramita regularmente e Moisés é condenado a cumprir pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa por sentença proferida em 25 de Abril de 2016 e publicada no dia 27 do mesmo mês e ano. Não houve interposição de recurso pelas partes e é certificado o trânsito em julgado. No caso hipotético apresentado, a prescrição da pretensão punitiva estatal regula-se pela pena aplicada ao réu Moisés e verifica-se em:

a) 02 anos, devendo ser extinta a punibilidade do réu diante do decurso deste prazo entre a data do crime e do recebimento da denúncia.

b) 04 anos, devendo ser extinta a punibilidade do réu diante do decurso deste prazo entre a data do crime e do recebimento da denúncia.

c) 01 ano e 06 meses, devendo ser extinta a punibilidade do réu diante do decurso deste prazo entre a data do crime e do recebimento da denúncia e entre a data do recebimento da denúncia e da publicação da sentença.

d) 03 anos, devendo ser extinta a punibilidade do réu diante do decurso deste prazo entre a data do crime e do recebimento da denúncia.

e) 02 anos e o réu deverá cumprir integralmente a sua pena, não sendo o caso de extinção da sua punibilidade.

Gabarito: E.

(FCC – 2016 – DPE-BA – Defensor Público) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "É reduzido de metade o prazo de prescrição quando o agente for menor de 21 anos na data da sentença".

(FAURGS – 2016 – TJ-RS – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Agente, reincidente, com 20 anos à data do fato criminoso ocorrido em 14 de março de 2007, foi denunciado como incurso nas penas do artigo 157, *caput*, do Código Penal. A denúncia foi recebida em 10 de dezembro de 2007 e até 14 de dezembro de 2015 não havia sido prolatada a sentença. Diante disso, pode-se afirmar que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, considerada a pena abstratamente cominada à infração".

(FUNDATEC – 2015 – PGE-RS – Procurador do Estado) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A redução do prazo prescricional prevista no art. 115 do Código Penal é aplicável apenas quando o réu atingir 70 (setenta) anos até a sentença de primeiro grau".

8. PRESCRIÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA E DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

O inimputável (art. 26, *caput*) é isento de pena e não de sanção penal, pois se aplica a medida de segurança na sentença absolutória imprópria. O Código Penal não regula especificamente a prescrição para a medida de segurança. Desse modo, como se trata de uma espécie de sanção penal, deve-se sujeitar às mesmas regras dispostas no CP referentes aos prazos prescricionais. Ressalte-se que a sentença absolutória imprópria não é causa interruptiva da prescrição.

Como não teremos uma pena privativa de liberdade concreta, a prescrição da pretensão punitiva regula-se pela pena máxima cominada ao delito, tanto no caso da prescrição da pretensão punitiva quanto no da pretensão executória. Nesse sentido: "A jurisprudência desta Corte, em valiosa manifestação de prestígio à dignidade da pessoa humana, consolidou entendimento segundo o qual, em caso de sentença absolutória imprópria, a prescrição da pretensão executória tem como parâmetro a pena máxima cominada ao delito imputado. Na espécie, (...) a pena máxima cominada para o furto simples tentado é de dois anos e oito meses (quatro anos, subtraída a menor fração para a tentativa, um terço...), tem-se que a prescrição ocorreu em oito anos" (STJ, 6ª T., RHC 33.638, j. 05/08/2014). Idem: STJ, 5ª T., AgRg no HC 469.698, j. 12/02/2019.

É possível a prescrição das **medidas socioeducativas** aplicadas aos adolescentes (***Súmula 338 do STJ*** – "A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas"). Inclusive, aplica-se aos adolescentes a norma do **art. 115 do CP**, que dispõe sobre a redução de metade do prazo prescricional. Vejamos algumas situações:

- ***Medida socioeducativa sem prazo de duração certo:*** deve ser considerado o período de 3 anos, que é o máximo de duração da medida de internação, previsto no art. 121, § 3º, do ECA, para o cálculo do prazo prescricional. Ressalte-se que os 3 anos não serão o prazo prescricional, mais sim o critério para o seu cálculo. No caso, nos termos do art. 109, IV, do CP, a prescrição verifica-se em 8 anos, mas considerando o art. 115 do CP será reduzida de metade (4 anos). A propósito: "Tratando-se de medida socioeducativa aplicada sem prazo de duração certo, o cálculo da prescrição, por analogia, deve ter em vista o limite de 3 (três) anos previsto para a duração máxima da medida de internação, na forma do art. 121, § 3º, do ECA. 3 – O prazo

prescricional seria, na hipótese, de 4 (quatro) anos (artigos 109, inciso IV, e 115 do CP). Assim, não se vislumbra o transcurso do prazo entre nenhuma das causas interruptivas da prescrição" (STJ, 6ª T., HC 313.610, j. 06/10/2015). Idem: "Conforme jurisprudência consolidado no âmbito desta eg. Corte Superior, '[n]os termos do enunciado n. 338 da Súmula do STJ, a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas. Diante disso, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, uma vez aplicada medida socioeducativa sem termo final, deve ser considerado o período máximo de 3 anos de duração da medida de internação, para o cálculo do prazo prescricional da pretensão socioeducativa, e não o tempo da medida que poderá efetivamente ser cumprida até que a envolvida complete 21 anos de idade" (STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1887084, j. 15/09/2020).

- ***Medida socioeducativa sem prazo de duração certo, cujo crime análogo ao ato infracional praticado possui pena máxima cominada inferior ao prazo máximo de internação de 3 anos:*** leva-se em consideração a pena máxima do delito, e não os 3 anos. Assim, imaginemos um delito cuja pena máxima seja de 6 meses. Nos termos do art. 109, VI, c/c art. 115, o prazo prescricional será de 1 ano e 6 meses. A propósito: "O critério albergado por esta Corte para a aferição da prescrição da pretensão socioeducativa consiste na consideração da pena máxima prevista para o crime análogo ao ato infracional praticado, na medida em que o quantum de pena seja inferior ao prazo de internação, que é de três anos" (STJ, 6ª T., HC 315.353, j. 07/04/2015).
- ***Liberdade assistida fixada:*** "Imposta medida a medida liberdade assistida pelo prazo de seis meses, em sentença transitada em julgado, o lapso prescricional é de 1 (um) ano e 6 (seis), a teor do disposto no art. 109, inciso VI, c.c. art. 115, ambos do Código Penal. Este período transcorreu sem notícia do início do cumprimento da medida pelo adolescente, motivo pelo qual, sem a ocorrência de causas interruptivas, há de se reconhecer a extinção da pretensão socioeducativa" (STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1219149, j. 10/04/2018).

▸ **Como esse assunto foi cobrado em concurso?**

(IBFC – 2018 – TRF2 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "As medidas socioeducativas não são passíveis de prescrição penal, pois o menor inimputável não pratica crimes".

(FCC – 2017 – DPE-PR – Defensor Público) Ana Luci, em virtude da prática de lesão corporal leve (cuja pena abstratamente cominada é de detenção de três meses a um ano) ocorrida em 02/10/2009, foi absolvida impropriamente. Em 09/10/2012, foi-lhe aplicada medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de três anos. O trânsito em julgado da sentença para o Ministério Público ocorreu em 29/10/2012. Até o presente momento, Ana Luci não foi localizada para iniciar o tratamento ambulatorial e o Juízo da execução, até o presente momento, decidiu apenas pela realização de diligências para sua localização. Também não há notícias de que Ana Luci tenha se envolvido em nova infração penal. Considerando o caso concreto, bem como o posicionamento dos tribunais superiores sobre a prescrição das medidas de segurança, a prescrição da pretensão executória:

a) foi alcançada em 29/10/2015.

b) foi alcançada em 29/10/2016.

c) foi alcançada em 02/10/2012.

d) será alcançada em 09/10/2020.

e) será alcançada em 29/10/2020.

Gabarito: B.

(CESPE - 2017 - PC-GO - Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "O ECA prevê expressamente os prazos de prescrição das medidas socioeducativas".

9. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA

Também denominada de **prescrição projetada, em perspectiva, hipotética ou com pena virtual**. Trata-se de uma análise sobre o futuro. É verificada qual seria a possível pena concreta a ser aplicada no caso de condenação, de acordo com as circunstâncias apresentadas. Se for antevista uma pena que certamente levaria à prescrição, conclui-se que se torna inútil toda a atividade jurisdicional.

Exemplo: 'A', no ano de 2015, praticou o crime de lesão corporal leve (pena máxima de 1 ano). Em 2016, o juiz recebeu a denúncia (causa interruptiva da prescrição). Transcorrido o prazo de 3 anos e 06 meses, a instrução não foi encerrada. Como a pena máxima é 1 ano, o prazo prescricional seria de 4 anos (CP, art. 109, V), de sorte que ainda não teria transcorrido o prazo prescricional. Entretanto, em certos casos, considerando as circunstâncias do crime e as relacionadas ao agente, prevê-se que, mesma havendo uma futura condenação, a pena não seria fixada no máximo (1 ano). Assim, mesmo se fixada a pena em 11 meses e 20 dias, o prazo prescricional passaria a ser de 3 anos (nova redação do art. 109, VI, do CP), de tal forma que ocorreria a prescrição retroativa (entre a data do recebimento da denúncia e da publicação da sentença condenatória). Assim, poderia ser declarada a extinção da punibilidade mesmo sem encerrar a instrução.

A prescrição antecipada não é prevista em lei, mas vem sendo adotada por alguns Tribunais, embora STF e STJ posicionem-se pela sua inaplicabilidade ante a falta de dispositivo legal. O STJ editou Súmula nesse sentido: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal" **(Súmula 438)**. Ainda: "1. O STF consagrou ser inadmissível a extinção da punibilidade em virtude da decretação da prescrição 'em perspectiva, projetada ou antecipada', com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal' (RE nº 602.527-QO, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 17.12.2009). 2. Inadmissível reconhecimento e declaração da prescrição enquanto não definida adequadamente por meio da persecução penal a extensão temporal dos ilícitos" (STF, 1ª T., Inq 4434 AgR, j. 28/04/2020).

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(MP-GO – 2016 – Promotor de Justiça) "A prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal é: a) Inadmissível conforme entendimento sumulado do STF. b) Admissível conforme entendimento majoritário do STJ, embora não sumulado. c) Inadmissível conforme entendimento sumulado do STJ. d) Admissível conforme entendimento majoritário do STF, embora não sumulado". **Gabarito: C.**

(VUNESP – 2015 – TJ-SP – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "Segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça (...): É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".

(CESPE – 2015 – TJ-PB – Juiz de Direito) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Com base na jurisprudência do STJ e nas disposições legais acerca de causas extintivas da punibilidade (...): É admissível a extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética".

10. PRESCRIÇÃO: PENAS RESTRITIVAS E PENA DE MULTA

Aplicam-se às **penas restritivas de direito** os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade (art. 109, parágrafo único).

A prescrição da **pena de multa** ocorrerá (art. 114): I – em 2 (dois) anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada; II – no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada. Exemplos:

- O recebimento da denúncia ocorreu em 2/9/2014 (art. 117, I do CP) e a publicação da sentença condenatória recorrível se deu em 8/8/2017 (art. 117, IV, do CP). Foi aplicada somente a pena de multa. Considerando o lapso prescricional de 2 anos para pena de multa (art. 114, I, do CP), ocorreu a prescrição retroativa entre recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória recorrível.
- "Reconhecida a prescrição da pretensão executória, fica prejudicada a impugnação acerca da multa cumulativa, porquanto prescreve juntamente com a pena privativa de liberdade, nos termos do art. 114, II, do CP" (STJ, 6ª T., EDcl na PET no AREsp 536.804/MS, j. 07/05/2019).

Obs.: conforme a jurisprudência do STJ, "A decretação da prescrição em relação a crimes de responsabilidade, previstos no art. 1º do Decreto-Lei n. 201/1967, alcança também as penas de perda do cargo e de inabilitação, pelo prazo de 5 anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, tendo em vista a natureza acessória dessas sanções" (STJ, 6ª T., AgRg no AREsp 713.533, j. 04/05/2017). No mesmo sentido: STJ, 5ª T., AgRg no REsp 1698367, j. 22/05/2018.

▸ Como esse assunto foi cobrado em concurso?

(FCC – 2020 – TJ-MS – Juiz Substituto) No tocante à prescrição, foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "Não se aplicam às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade".

(CESPE – 2019 – TJ-BA – Juiz de Direito) Foi considerada *correta* a seguinte alternativa: "A prescrição da pena de multa ocorrerá em dois anos, quando for a única pena cominada, ou no mesmo prazo de prescrição da pena privativa de liberdade, se tiver sido cominada alternativamente".

(CESPE – 2019 – MP-PI – Promotor de Justiça) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "As penas restritivas de direito e a pena de multa prescrevem em dois anos quando cominadas isolada ou cumulativamente".

(IBFC – 2018 – TRF2 – Juiz Federal) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "A prescrição da execução da pena de multa, após a reforma do Código Penal, observa sempre o prazo de dois anos".

(FUNIVERSA – 2015 – PC-DF – Delegado de Polícia) Foi considerada *incorreta* a seguinte alternativa: "É imprescritível a pena de multa, conforme expressa disposição do CP que, por sua vez, é reflexo do princípio constitucional da intranscendência".

Bibliografia

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato.** São Paulo: Saraiva, 2014.

AMBOS, Kai. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Ensaios de direito penal e processual penal.** 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista.** Coimbra, Editora Coimbra, 2004.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. São Paulo: Moderna, 2003.

ARAÚJO, Fábio Roque. **O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal.** Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal. Parte General**. 2ª edição. Buenos Aires: *Hammurabi*, 1999.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. Lisboa: Edições 70, 2016.

BELING, Ernest von. **Esquema de Derecho Penal**. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Vol.I. Trad. Paulo José da Costa Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Falência da pena de prisão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz Conde. **Teoria Geral do Delito.** São Paulo: Saraiva, 2000.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito Penal. Parte Geral.** Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na sociedade de Risco.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Direito Penal.** Parte Geral. Tomo 2º. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo 3º. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BUSATO, Paulo César (et al.). **Modernas Tendências sobre o Dolo em Direito Penal.** Rio de janeiro: Lumen Juris, 2008.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal, Parte Geral. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

CALLEGARI, André Luís. **Imputação Objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal**. Livraria do Advogado Editora, 2004.

CALLEGARI, André Luís *et al.* **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

CALLEGARI, André Luís; LYNETT, Eduardo Montealegre; JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal e funcionalismo.** André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli (Coord.). Trad. André Luís Calegari; Nereu José Giacomolli; Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. **A teoria do concurso de pessoas: uma investigação analítico-estrutural a partir da controvérsia sobre o conceito de investigação**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. **Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Fundação Getúlio Vargas, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito Penal, Parte Geral - Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime**. Porto: Universidade Católica Editora, 2016.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CERNICHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, José de Faria. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Curso de Direito Penal**. Volume 1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Nexo causal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Direito Penal Ecológico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. **Direito Penal objetivo: breves comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CREUS, Carlos. **Derecho Penal. Parte General**. 3ª Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para Concursos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico.** Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

_____. **Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DELMANTO, Celso (et al.). **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

_____. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

_____. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo I.** São Paulo: Editora Revista dos tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ESTEFAM, André. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa**. 1ª edição. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: A Dupla face da proporcionalidade no Controle de Normas Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, Sociedade de Risco e o Futuro do Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARA, Francesco. **Como Aplicar e Interpretar as Leis**. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora Ltda., 2005.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. **A co-delinquência no direito penal brasileiro**. São Paulo: José Bushtsky Editor, 1976.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. 2ª. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FREITAS, Juarez. **A interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1998.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal (crime natural e crime de plástico)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GALVÃO, Fernando. **Imputação Objetiva**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **Política Criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. Tomo I. Vol. I.São Paulo: Max Limonad, 1952.

GAROFALO, Raffaele. **Criminologia: Studio sul delitto, sulle sue causae e sui mezzi di repressione**, 1885, disponível em [https://www.file-pdf.it/2015/04/09/raffaele-garofalo-criminologia-studio-sul-delitto/raffaele-garofalo-criminologia-studio-sul-delitto.pdf], acessado em dez de 2015.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras Excludentes de Tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito Penal: parte geral - teoria constitucionalista do delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Direito Penal: parte geral - introdução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Direito Penal: parte geral - Culpabilidade e Teoria da pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Erro de Tipo e Erro de Proibição**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Norma e Bem Jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. 1.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; Bianchini. Alice. **O Direito Penal na Era da Globalização**. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal. Parte Geral**. V.2. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Direito Penal. Parte Geral**. V.2. Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal. Introdução e princípios fundamentais.** V.1. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A Autocolocação da Vítima em Risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). **Direito Penal como crítica da pena**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (coord.). **Temas de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. **Autoria como domínio do fato. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro**. 1.ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (Orgs.). **Direito penal como crítica da pena**. 1.ª ed. Madri/São Paulo: Marcial Pons, 2012.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.). **O bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

_____. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. 1.ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____. **Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação**. Rio de janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal: Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaios de Teoria Constitucional.** Fortaleza: UFC, 1989.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

_____. **Direito Penal. Fundamentos, Estrutura, Política**. Trad. Adriana Beckman Meirelles [et al.]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

FÖPPEL EL HIRECHE, Gamil. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal.** Volume I. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Comentários ao Código Penal.** Volume I. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JAKOBS, Gunther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2003.

_____. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Imputação Objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas.** São Paulo: Saraiva, 1999.

LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo, Atlas, 2013.

LEITE, André Lamas. **As Posições de Garantia na Omissão Impura.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2011.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal - Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional.** 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Processual e sua Conformidade Constitucional.** Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal: projeções contemporâneas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Princípios Políticos do Direito Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LUCCHESI, Guilherme. **Punindo a culpa como dolo. O uso da cegueira deliberada no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCCRIM, 2005.

MARTIN, Luis Garcia. **Prolegômenos para a Luta pela Modernização e Expansão do Direito Penal e para a Crítica do Discurso de Resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições Fundamentais de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e a Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.** Trad. Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MIR, José Cerezo. **Derecho Penal. Parte General.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Manual de Direito Penal.** Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2004.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Individualização da Pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ORTIZ, Mariana Tranchesi. **Concurso de agentes nos delitos especiais**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2011.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo, Atlas, 2015.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PALMA, Maeia Fernanda. **Direito Constitucional Penal.** Coimbra: Edições Almedina, 2006.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo: LiberArs, 2012.

PIERANGELI, José Henrique. **Direito Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **O Consentimento do Ofendido**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

PONTE, Antonio carlos. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da Imputação Objetiva do Resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. São Paulo, Manole, 2004.

PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito.** Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RASSI, João Daniel. **Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2014.

RELAE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal.** Parte Geral. Vol.1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

RENZIKOWSKI, Joachim. **Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato.** 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Ronan. **A Relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. **O Direito Penal Europeu Emergente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da Culpabilidade e Teoria do Erro**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Temas Controvertidos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, 2010.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte general. Tomo I**. Trad. Diego Manoel Lúzon Pena, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Derecho Penal. Parte general. Tomo II**. Trad. Diego Manoel Lúzon Pena, Miguel Díaz García Conlledo, Javier de Vicente Remesal e José Manuel Paredes Castañón. Madrid: Civitas, 2014.

_____. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

_____. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Autoria y dominio del hecho en derecho penal.** 7. ed. Madrid: Marcial Pons.

_____. **Novos Estudos de Direito Penal**. Organização Alaor Leite; tradução Luís Greco... [et alii]. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Inimigo e pessoa no direito penal**. São Paulo: LiberArs, 2012.

SAAD-DINIZ, Eduardo; ADACHI, Pedro Podboi; DOMINGUES, Juliana Oliveira (Coord.). **Tendências em governança corporativa e compliance**. São Paulo: LiberArs, 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (orgs.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

SALIM, Alexandre Aranalde. **Teoria da Norma Penal - Série Concursos.** Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTANA, Selma Pereira. **A Culpa Temerária: contributo para uma construção no Direito Penal brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Humberto de Souza. **Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva**. Barueri-SP: Manole, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

_____. **Direito Penal. Parte Geral.** Curitiba: Lumen Júris, 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenker. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Livraria do Advogado Editora, 2001.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória**. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. (Coord. Luís Greco). 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Pena e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Davi André Costa Silva. **Direito Penal - Parte Geral.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2ª ed., 2011.

SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em face da Constituição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SIQUEIRA, Flávia. **O Princípio da confiança no direito penal.** 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SUMARIVA, Paulo. Direito Penal. **Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

_____. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal.** Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p.679.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma Introdução à Doutrina Finalista da Ação**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Derecho Penal Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

_____. **El nuevo sistema de derecho penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

_____. **Teoria de la Accion Finalista**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1951.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** - Parte Geral. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Da tentativa.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal - Parte General.** 2ª edição. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul (et al). **Direito Penal Brasileiro - I.** Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____. **Direito Penal Brasileiro - II**, I. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____.**O inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Criminología, Aproximación Desde un Margen.** Vol. 1. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988.

_____. **En Busca De Las Penas Perdidas.** Buenos Aires, 1989.

_____. **En Torno de la Cuestion Penal.** Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

_____. **Hacia un realismo juridico penal marginal.** Caracas: Monte Avila Latinoamericana, 1993.

_____. **Tratado de Derecho Penal - Parte General - Tomo I.** Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 1998.

_____. **Tratado de Derecho Penal - Parte General - Tomo II.** Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 1987.

_____. **Tratado de Derecho Penal - Parte General - Tomo III.** Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 1981.

_____. **Tratado de Derecho Penal - Parte General - Tomo IV.** Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 1999.

_____. **Tratado de Derecho Penal - Parte General - Tomo V.** Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 1988.

COLEÇÃO
sinopses
PARA CONCURSOS

1

DIREITO PENAL

Coordenação
Leonardo Garcia

A Coleção ***Sinopses para Concursos*** tem por finalidade a preparação para concursos públicos de modo prático, sistematizado e objetivo.

Foram selecionadas as principais matérias constantes dos editais e chamados professores especializados em preparação de concursos a fim de elaborarem, de forma didática, o material necessário para a aprovação em concursos.

Diferentemente de outras sinopses/resumos, preocupamo-nos em apresentar ao leitor o entendimento do STF e do STJ sobre os principais pontos, além de abordar temas tratados em manuais e livros mais densos. Assim, ao mesmo tempo em que o leitor encontrará um livro sistematizado e objetivo, também terá acesso a temas atuais e entendimentos jurisprudenciais.

Dentro da metodologia que entendemos ser a mais apropriada para a preparação nas provas, demos destaques (em outra cor) às palavras-chaves, de modo a facilitar não somente a visualização, mas, sobretudo, a compreensão do que é mais importante dentro de cada matéria.

Quadros sinóticos, tabelas comparativas, esquemas e gráficos são uma constante da coleção, aumentando a compreensão e a memorização do leitor.

Contemplamos também questões das principais organizadoras de concursos do país, como forma de mostrar ao leitor como o assunto foi cobrado em provas.

Atualmente, essa "casadinha" é fundamental: conhecimento sistematizado da matéria e como foi a sua abordagem nos concursos.

Esperamos que goste de mais esta inovação que a Editora Juspodivm apresenta.

Nosso objetivo é sempre o mesmo: otimizar o estudo para que você consiga a aprovação desejada.

Bons estudos!

Leonardo Garcia

leonardo@leonardogarcia.com.br
www.leonardogarcia.com.br
@professorleonardogarcia

ISBN 978-65-5680-403-3

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br